

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les plateformes de l'économie collaborative à l'épreuve du droit des obligations et des règles de protection du consommateur

Jacquemin, Hervé

Published in:

Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2019, Les plateformes de l'économie collaborative à l'épreuve du droit des obligations et des règles de protection du consommateur. Dans *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*. VOL. 187, Formation Permanente CUP, Anthemis, Limal, p. 85 - 136.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

3

LES PLATEFORMES DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE À L'ÉPREUVE DU DROIT DES OBLIGATIONS ET DES RÈGLES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Hervé JACQUEMIN

chargé de cours à l'UNamur (CRIDS)
avocat

Sommaire

Introduction	86
Section 1	
Relation entre les utilisateurs	89
Section 2	
Relation entre la plateforme et les utilisateurs	109
Section 3	
Relation avec les tiers	126
Conclusion	136

Introduction

1. **Développement de l'économie collaborative.** L'économie collaborative (ou *sharing economy*) a connu ces dernières années une forte croissance. Le phénomène est en accélération depuis 2015¹ et il devrait se poursuivre, tant le potentiel économique de développement est important².

Ses manifestations sont nombreuses et variées, ce qui rend difficile toute tentative de systématisation. La diversité se marque au niveau de la qualité des utilisateurs impliqués (tantôt des consommateurs, tantôt des professionnels), du rôle joué par la plateforme (simple intermédiaire ou partie prenante au contrat) et de l'objet de la relation nouée entre les utilisateurs par son intermédiaire. Parmi les modèles plus connus, on retient les plateformes de vente de biens (comme *eBay* ou *Amazon*, par exemple), de services d'hébergement, généralement de courte durée (comme *Airbnb* ou *Abritel*, par exemple), de transport (comme *Uber*, par exemple) ou de services financiers, de type *crowdfunding* ou financement participatif (comme *Crofun* ou *Indiegogo*, par exemple).

Même si l'exercice mérite assurément d'être mené, notre propos n'est pas de dresser une typologie des plateformes de l'économie collaborative, ni de procéder à une analyse transversale des définitions introduites ici et là, dans certaines législations particulières, en droit de l'Union ou dans certains États membres, en vue de qualifier le phénomène. Sur ce point, nous renvoyons à la contribution introductive de Quentin Cordier dans le présent ouvrage³.

Nous retenons *a priori* une acception large de la notion, qui peut également inclure les transferts de propriété entre les utilisateurs, à travers les plateformes de vente de seconde main, notamment⁴.

L'économie collaborative suppose normalement l'intervention d'une plateforme, qui joue un rôle d'intermédiaire. Ladite plateforme est en effet un lien de rencontre entre des entreprises et/ou des particuliers, à travers lequel ceux-ci sont amenés à proposer des biens ou des services et, le cas échéant, à conclure un contrat. De manière schématique, on peut donc identifier trois intervenants principaux, qui interagissent dans un schéma triangulaire : la plateforme (administrée par une entreprise), ainsi que deux utilisateurs, jouant respectivement le rôle de vendeur du bien ou de prestataire du service, d'une part, d'acheteur du bien ou de destinataire/bénéficiaire du service, d'autre part.

On doit déjà noter que ce modèle est loin d'être figé et immuable. Avec le développement de la *blockchain* et des *smart contracts*, et les promesses de désintermédiation qui les accompagnent, d'aucuns prédisent l'«ubérisation» des plateformes de l'économie collaborative, dont l'intervention pourrait devenir obsolète (de même que la rémunération qui leur est actuellement octroyée)⁵.

D'un point de vue économique, les enjeux sont considérables et dépassent les frontières des États. Cela explique d'ailleurs que les autorités publiques, spécialement au niveau européen, suivent de très près le phénomène, et envisagent l'adoption de dispositions légales ou réglementaires spécifiques. D'ailleurs, diverses mesures ont d'ores et déjà été prises, en Belgique ou dans d'autres États membres, notamment sur le plan fiscal ou en vue de protéger les consommateurs.

2. **Enjeux juridiques en droit des obligations et en matière de protection des consommateurs.** Conformément au modèle triangulaire décrit précédemment, on peut identifier, potentiellement, trois relations contractuelles distinctes entre les principales parties impliquées. La plateforme fournit un service aux utilisateurs et, à ce titre, on peut normalement considérer que deux contrats ont respectivement été conclus entre celle-ci et ceux-ci. En outre, un troisième contrat peut être conclu entre les utilisateurs ; comme on le verra par la suite (*infra*, n° 25), il est généralement prévu que la plateforme n'est pas partie à cette dernière convention, de sorte qu'elle s'exonère de toute responsabilité en cas de non-respect, par l'un des utilisateurs, des obligations qui lui incombent (paiement du prix ou délivrance d'une chose conforme, par exemple).

Il en résulte qu'à défaut d'autres dispositions spécifiques, potentiellement applicables⁶, il faut se conformer à la théorie générale des contrats et des obligations, ainsi qu'aux règles applicables aux contrats nommés, telles qu'elles figurent dans le Code civil (ou s'agissant des contrats de l'entreprise, dans le Code de droit économique [C.D.E.]). C'est à l'aune de ces règles que l'on pourra par exemple décider si le contrat a effectivement été conclu (ou pas),

¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, *Un agenda européen pour l'économie collaborative*, COM(2016) 356 final, p. 2.

² *Ibid.* D'après cette Communication, «certains experts estiment que l'économie collaborative pourrait injecter, à l'avenir, de 160 à 572 milliards d'euros dans l'économie de l'U.E.».

³ À cet égard, voy. également V. HATZIOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, Portland, Hart Publishing, 2018, pp. 4 et s.; A. GAUTIER, «Introduction. Analyse économique des plateformes collaboratives», in *Aspects juridiques de l'économie collaborative*, Limal, Anthémis, 2017, pp. 9 et s.; G. RUE et B. MARGRAFF, «Les plateformes de l'économie collaborative : aspects commerciaux, responsabilité, protection du consommateur et concurrence», in *Aspects juridiques de l'économie collaborative*, Limal, Anthémis, 2017, pp. 77 et s.

⁴ Comp. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, *Un agenda européen pour l'économie collaborative*, précitée, p. 3, qui semble exclure cette hypothèse, puisqu'elle indique que «les transactions réalisées dans le cadre de l'économie collaborative n'entraînent normalement pas de transfert de propriété et peuvent avoir un caractère lucratif ou non lucratif». Au niveau de la Commission U.E., une distinction semble ainsi faite entre les places de marché électroniques (à travers lesquelles des biens peuvent être vendus, y compris entre particuliers) et l'économie collaborative (voy. le Document de travail des services de la Commission, *Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales*, SWD(2016) 163 final, pp. 139 et s.).

⁵ Voy. C. ZOŁYNSKI, «La blockchain : la fin de l'ubérisation», *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 385; Y. POUILLET et H. JACQUEMIN, «Blockchain : une révolution pour le droit?», *J.T.*, 2018, pp. 801 et s.

⁶ En pratique, ces dispositions peuvent être nombreuses, spécialement dans le secteur financier ou dans le domaine des transports.

tout en déterminant les sanctions susceptibles d'être appliquées en cas d'inexécution, par l'une des parties, de ses obligations contractuelles.

Dès lors que les relations contractuelles se nouent dans l'environnement numérique, il faut également avoir égard aux dispositions du livre XII du C.D.E., sur le droit de l'économie électronique. Celles-ci imposent principalement des obligations d'information, à la charge du prestataire, et au bénéfice du destinataire du service, qu'il soit professionnel ou consommateur.

Enfin, quand le contrat se conclut entre un consommateur et une entreprise, les dispositions de droit de la consommation doivent être observées, spécialement celles qui figurent dans le livre VI du C.D.E. (on songe notamment au chapitre sur les contrats à distance⁷). Parmi d'autres mesures de protection, elles interdisent les clauses abusives et les pratiques commerciales déloyales, prescrivent des obligations d'information à l'entreprise, avant, pendant et après la conclusion du contrat, tout en octroyant un droit de rétractation au consommateur.

Dans le contexte de l'économie collaborative, la question se pose de savoir si ces règles s'appliquent. Comme on l'anticipe aisément, la réponse sera parfois négative, par exemple lorsque les deux utilisateurs sont des consommateurs. On peut également se demander si les mesures mises en place permettent d'assurer un niveau de protection suffisant aux parties, tenant compte de la faiblesse ou de la vulnérabilité éventuelle qui les affecte, et si le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas rompu.

Complémentairement aux enjeux juridiques sur le plan contractuel, on ne peut ignorer les préjudices susceptibles d'être subis par les tiers, suite aux activités potentiellement illicites commises par certains utilisateurs sur la plateforme. On pense par exemple aux ayants droit victimes d'actes de contrefaçon sur les plateformes de ventes aux enchères, et qui souhaiteraient engager la responsabilité de la plateforme ou, à tout le moins, exiger qu'elles prennent des mesures pour prévenir et empêcher de tels actes. Sous certaines conditions, la plateforme peut cependant bénéficier d'une exonération de responsabilité civile et pénale⁸. Il lui incombe cependant de collaborer avec les autorités administratives et judiciaires compétentes, notamment pour identifier les auteurs d'infractions. Pour cette raison, l'intermédiaire veillera à se ménager une marge de manœuvre suffisante à l'égard des utilisateurs, en insérant des clauses *ad hoc* dans ses conditions contractuelles.

3. Plan de la contribution. L'analyse proposée dans la présente contribution sera divisée en trois sections, respectivement consacrées aux relations entre les utilisateurs (section 1), entre la plateforme et les utilisateurs (section 2) et vis-à-vis des tiers (section 3).

⁷ Art. VI.44/1 et s. du C.D.E.

⁸ Art. XII.17 et s. du C.D.E.

Le propos sera limité aux principales questions de droit des obligations, sur le plan contractuel et extracontractuel, ainsi qu'en droit de la consommation.

Ce faisant, l'étude est loin d'être exhaustive : outre que certains aspects de droit des obligations ne seront pas traités (intervention de mineurs ou sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, par exemple), on n'abordera pas les enjeux en termes de propriété intellectuelle, de protection des données à caractère personnel ou de droit financier (qui peuvent pourtant avoir un impact sur l'analyse menée en droit des obligations).

À titre d'illustration, des références seront faites aux plateformes les plus connues, dans le domaine de la vente de biens de seconde main et de services de logement. Les plateformes de l'économie collaborative sont toutefois marquées du sceau de la diversité. Toute analyse générale, comme celle que nous proposons ici, est nécessairement lacunaire, puisqu'elle se fonde sur les principaux modèles rencontrés, en ignorant volontairement certaines catégories de plateformes, pourtant bien présentes sur le marché, mais qu'il nous est difficile d'examiner de manière systématique.

Section 1

Relation entre les utilisateurs

4. Plan de la section 1. La section 1 se penche sur la relation nouée entre les utilisateurs – vendeur ou prestataire, d'une part, acheteur ou bénéficiaire, d'autre part), qui se servent de la plateforme pour se rencontrer mutuellement et, le cas échéant, conclure un contrat.

L'identification des dispositions légales ou réglementaires potentiellement applicables à ce type de relation dépend de l'objet du contrat (vente, service financier, hébergement, transport, etc.) et de la qualité des parties (entreprise ou consommateur). Le recours à la plateforme suppose que des échanges ont lieu à distance et par voie électronique et, en général, le contrat sera également conclu de manière dématérialisée. Rien n'empêche cependant que les parties concluent la convention en présence physique l'une de l'autre.

Suivant les secteurs concernés, des dispositions spécifiques doivent être observées. En matière d'hébergement, il s'agit par exemple de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 8 mai 2014 relative à l'hébergement touristique⁹; en matière de transport, de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 avril 1995 relative aux services de taxis et aux services de location de voitures avec chauffeur¹⁰ ou du décret du Parlement flamand du

⁹ M.B., 17 juin 2014. Voy. aussi l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 mars 2016 portant exécution de l'ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'hébergement touristique.

¹⁰ M.B., 1^{er} juin 1995. Pour une analyse de la jurisprudence rendue sur ce point, voy. F. GEORGE, N. GILLARD, J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Contrats de l'informatique et commerce électronique », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information 2015-2017*, R.D.T.I., 2017/68-69, pp. 22 et s.;

20 avril 2001 relatif à l'organisation du transport de personnes par la route¹¹; voire encore, en matière de *crowdfunding*, de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés¹².

Eu égard à l'objet de la présente contribution, nous pouvons difficilement analyser ces exigences particulières. Aussi nous limitons-nous à la théorie générale des contrats et des obligations (dont l'application au contrat conclu entre les utilisateurs est difficilement contestable), ainsi qu'aux dispositions des livres VI et XII du C.D.E. Pour ces dernières, des discussions sont permises, en fonction de la qualité des parties.

Après avoir précisé dans quels cas les livres VI et XII du C.D.E. doivent être respectés dans les relations entre les utilisateurs de la plateforme (A), nous examinons les règles prévues par ceux-ci, lorsqu'ils sont d'application (B), ainsi que certaines règles tirées de la théorie générale des contrats et des obligations (C).

A. Hypothèses dans lesquelles les livres VI et XII du C.D.E. sont applicables aux utilisateurs

1. Champ d'application du livre VI

5. Critères permettant de déterminer le champ d'application des dispositions du livre VI du C.D.E. En l'absence de disposition liminaire et générale indiquant clairement à quelles hypothèses les règles du livre VI du C.D.E. s'appliquent (ou ne s'appliquent pas), il faut raisonner disposition par disposition, par référence aux notions utilisées, telles que définies au livre I. Celles-ci permettent en effet de circonscrire le champ d'application *ratione personae* (consommateur, entreprise) et *ratione materiae* (biens, services, contrat de vente, contrat de service, contenu numérique, etc.) du livre VI.

On aura principalement égard à la qualité des parties (les autres critères de qualification suscitant normalement moins de discussion). À travers les plateformes de l'économie collaborative, les utilisateurs sont principalement amenés à nouer des relations B2B, B2C, C2B ou C2C.

L'application des règles de protection des consommateurs figurant dans le livre VI est normalement limitée aux hypothèses dans lesquelles une entreprise vend un bien, ou preste un service (ou fournit tout autre produit) au bénéfice d'un consommateur.

L'affirmation se vérifie notamment pour l'interdiction des clauses abusives¹³ ou des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs¹⁴. C'est également le cas du chapitre sur les contrats à distance : la notion vise en effet « tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »¹⁵.

Il en résulte que les régimes précités doivent uniquement être observés dans les relations B2C. Leur application est donc exclue lorsque les deux utilisateurs sont des consommateurs (C2C) ou des entreprises (B2B), voire lorsque c'est le consommateur qui vend le bien ou fournit le service à une entreprise (C2B).

Encore faut-il s'entendre sur les notions d'« entreprise » et de « consommateur » (*infra*, n° 6).

6. Notions d'« entreprise » et de « consommateur ». Pour l'application du livre VI, l'entreprise est désormais définie à l'article I.8, 39°, du C.D.E., comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ».

Depuis la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises¹⁶, la définition générale de l'entreprise, figurant à l'article I.1, 1°, et applicable aux entreprises soumises au livre VI jusqu'au 1^{er} novembre 2018, a été modifiée. Ce n'est donc plus cette définition générale qui doit être observée mais celle qui est spécifique au livre VI (ainsi qu'à d'autres livres du C.D.E., du reste). Elle est identique à la définition qui figurait auparavant à l'article I.1, 1°. Sur le fond, la réforme est donc sans incidence. On note encore qu'avec l'abrogation du livre XIV¹⁷, et sauf exception¹⁸, les dispositions du livre VI s'appliquent également aux titulaires de professions libérales.

D. RENDERS et D. DEVALKENEER, « Un taxi nommé Uber ou faut-il réformer le cadre normatif bruxellois sur les taxis? », C.D.P.K., 2015, pp. 493 et s.

¹¹ M.B., 21 août 2001.

¹² M.B., 21 juin 2006. L'article 68bis de cette loi identifie de manière limitative les personnes ou institutions qui « peuvent faire appel au public en Belgique en vue de recevoir des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables à vue, à terme ou moyennant un préavis ou recevoir auprès du public en Belgique de tels dépôts ou fonds remboursables ». Cette exigence de monopole bancaire des fonds remboursables a pour effet d'interdire le *peer-to-peer lending* (soit des prêts entre particuliers), dès lors que, s'agissant d'un consommateur, le candidat emprunteur ne possède normalement pas l'un des statuts énumérés à l'article 68bis de la loi du 16 juin 2006 (en ce sens, Rapport du comité de direction de la C.B.F.A., 2007, p. 82; S. DECOSTER et C. LEWALLE, « Le crowdfunding : réglementation applicable, enjeux et perspectives », *Reu. banc. fin.*, 2014/6, p. 462).

¹³ Art. VI.82 et s. du C.D.E. Voy. la définition de la clause abusive à l'article I.8, 22°, du C.D.E. : « toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur » (nous soulignons).

¹⁴ Art. VI.92 et s. du C.D.E. Voy. l'art. VI.92 du C.D.E. : « le présent chapitre s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs avant, pendant et après l'offre en vente et la vente de produits » (nous soulignons).

¹⁵ Art. I.8, 15°, du C.D.E. (nous soulignons).

¹⁶ M.B., 27 avril 2018.

¹⁷ Art. 256, 2°, de la loi du 15 avril 2018.

¹⁸ Voy. par exemple l'art. VI.1/1 du C.D.E.

Le consommateur est quant à lui « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »¹⁹. Les contrats à double finalité (à des fins professionnelles et à des fins privées) sont soumis aux dispositions du Code – et le bénéficiaire du produit considéré comme un consommateur –, « lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat »²⁰.

7. Discussions dans le cadre de l'économie collaborative. Dans de nombreuses hypothèses, déterminer la qualité des parties – et l'application corrélative, ou pas, des dispositions du livre VI du C.D.E. – ne posera pas de difficulté particulière. Certaines plateformes peuvent d'ailleurs être spécialement configurées pour éviter toute confusion, avec des pages dédiées aux professionnels et d'autres réservées aux consommateurs.

On peut toutefois imaginer que des professionnels se fassent volontairement passer pour des consommateurs, de manière à échapper au cadre normatif plus contraignant qui s'applique dans les relations B2C. On rappelle à cet égard qu'un professionnel agissant de la sorte commet une pratique commerciale déloyale trompeuse, interdite en toutes circonstances. L'article VI.100, 22°, du C.D.E. qualifie en effet de la sorte la pratique qui a pour objet d'« affirmer fausement ou donner l'impression que l'entreprise n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle, ou se présenter fausement comme un consommateur ». Lorsqu'un contrat a été conclu à la suite de cette pratique, l'article VI.38, alinéa 2, du C.D.E. s'applique. Il permet au juge « sans préjudice des sanctions de droit commun, [d']ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré ». Une sanction pénale de niveau 2 (amende de 26 à 10.000 euros) est également prévue²¹.

Des doutes sont par ailleurs permis pour décider du moment à partir duquel un consommateur, qui vend des biens à travers une plateforme de vente de seconde main, perd la qualité de consommateur, pour devenir une entreprise²². Il n'est pas rare, en effet, que des particuliers ne se limitent pas à vendre un objet ou l'autre trouvé dans leur grenier. Une analyse au cas par cas devra être réalisée et, en l'absence de critère de qualification objectif, des discussions ne manqueront pas surgir.

¹⁹ Art. I.1, 2°, du C.D.E.

²⁰ Considérant n° 17 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. En ce sens, voy. aussi les travaux préparatoires du projet de loi introduisant la définition (*supra*, note 18), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2836/001, p. 6.

²¹ Art. XV.83, 13°, du C.D.E.

²² À ce sujet, voy. aussi M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 16-17, n° 16; H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », in H. Jacquemin (coord.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 69 et s.

On devra tenir compte de la définition de l'entreprise, qui requiert la poursuite d'un but économique *de manière durable*²³. Aussi faudra-t-il vérifier si l'activité économique de la personne qui, par exemple, achète et revend des biens en grande quantité sur des plateformes de ventes de seconde main, peut être qualifiée de « durable ».

À ce sujet, on peut mentionner un jugement rendu par le tribunal de première instance de Mons, en matière fiscale²⁴. Il décide en effet que, « même à considérer que l'étudiant ait vendu certains articles pour des copains, la vente effective de 2005 à 2009 de 21 scooters, 10 trottinettes électriques et 15 lecteurs DVD pour voitures, à l'état neuf, constitue une véritable activité commerciale ». Aussi est-il jugé que c'est à juste titre que l'Administration a procédé à la taxation d'office sur un minimum forfaitaire de bénéfices de 19.000 euros.

Dans ses *Orientations* de 2016 sur l'application de la directive 2005/29/CE, la Commission précise quant à elle qu'« au titre de la DPCD, le fait qu'une personne ait ou non la qualité de « professionnel » résulte d'une évaluation au cas par cas qui doit prendre en compte tous les aspects factuels, par exemple la question de savoir si une partie essentielle des revenus de cette personne provient d'une activité donnée dans le cadre de l'économie collaborative »²⁵.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est également prononcée sur la question, dans un arrêt du 4 octobre 2018²⁶. Elle insiste sur l'exigence d'une « démarche au cas par cas » et liste diverses circonstances – non exhaustives ni exclusives – susceptibles d'être prises en considération. Ainsi, « la juridiction de renvoi devra, en particulier, vérifier si la vente sur la plateforme en ligne a été réalisée de manière organisée, si cette vente a un but lucratif, si le vendeur dispose d'informations et de compétences techniques relatives aux produits qu'il propose à la vente dont le consommateur ne dispose pas nécessairement, de façon à le placer dans une position plus avantageuse par rapport audit consommateur, si le vendeur a un statut juridique qui lui permet de réaliser des actes de commerce, et dans quelle mesure la vente en ligne est liée à l'activité commerciale ou professionnelle du vendeur, si le vendeur est assujéti à la T.V.A., si le vendeur, agissant au nom d'un professionnel déterminé ou pour son compte ou par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom et pour son compte, a perçu une rémunération ou un intéressement, si le vendeur achète des biens nouveaux ou d'occasion en vue de les revendre, conférant ainsi à cette activité un caractère de régularité, une fréquence et/ou une simultanéité par rapport à son activité commerciale ou professionnelle, si les produits en

²³ Les travaux préparatoires de la loi précisent à cet égard que « des actes uniques ne suffisent pas pour qualifier une personne d'« entreprise » ; l'acte doit être posé dans le cadre d'une certaine organisation » (exposé des motifs du projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, déposé le 28 décembre 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 13).

²⁴ Civ. Mons, 24 mars 2011, *Act. fisc.*, 2011, liv. 1249, p. 12.

²⁵ Document de travail des services de la Commission, *Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales*, SWD(2016) 163 final, p. 151.

²⁶ C.J.U.E., 4 octobre 2018, aff. C-205/17, *Komisija za zaštitu na potrošitelje*.

vente sont tous du même type ou de la même valeur, en particulier, si l'offre est concentrée sur un nombre restreint de produits »²⁷.

2. Champ d'application du livre XII

8. Champ d'application du livre XII du C.D.E. S'agissant des relations nouées entre les utilisateurs à travers la plateforme, il faut déterminer si les règles en matière d'information et de transparence prescrites par le livre XII du C.D.E. doivent être respectées²⁸. Ces règles s'appliquent au « prestataire », qui intervient au bénéfice d'un « destinataire du service ». Les deux notions sont définies²⁹ et elles supposent à tout le moins la fourniture d'un « service de la société de l'information » (*infra*, n° 9).

Diverses hypothèses sont par ailleurs exclues du champ d'application du titre 1^{er} du livre XII³⁰.

9. Notion de service de la société de l'information. Le « service de la société de l'information » est défini à l'article 1.18, 1°, du C.D.E. comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service ». Dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, que cette disposition transpose en droit belge, il est fait référence à la directive 98/34/CE³¹, depuis lors abrogée et remplacée par la directive (UE) 2015/1535³².

Il doit d'abord s'agir d'un service au sens de l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne³³ (ci-après « T.F.U.E. »). Aussi doit-il être de nature économique. Cette condition empêche, d'après nous, qu'un consommateur puisse être considéré comme un prestataire de service : lorsqu'il fournit un service à un autre consommateur, voire même à un professionnel, il ne le fait pas dans le cadre d'une activité économique au sens du Traité³⁴. Raisonner autrement aurait d'ailleurs pour effet d'imposer aux consommateurs le res-

pect d'un cadre normatif très strict lorsqu'ils s'engagent avec d'autres consommateurs (cf. les obligations d'information prévues aux articles XII.6 et s. du C.D.E.), ce qui serait manifestement disproportionné.

Pour être qualifié de « service de la société de l'information », le service doit également être fourni à distance et par voie électronique. La condition de la fourniture à distance requiert que les parties ne soient pas simultanément en présence physique l'une de l'autre. Quant à la fourniture par voie électronique, elle désigne le recours aux technologies de l'information et de la communication. Par application du principe de neutralité technologique, le moyen de communication utilisé est sans importance : on vise l'internet et le courrier électronique (en ce compris les SMS), fournis par un appareil fixe (ordinateur traditionnel) ou mobile (smartphones, tablettes, etc.).

Ratione personae, l'observation des dispositions du livre XII ne se limite pas aux services fournis aux consommateurs. Les relations B2C et B2B sont en effet couvertes. Cependant, dans ce dernier cas, il est permis aux parties qui ne sont pas des consommateurs de déroger conventionnellement à certaines dispositions³⁵.

En définitive, les dispositions du titre 1^{er} du livre XII du C.D.E. doivent être observées dans les relations B2B et B2C nouées entre les utilisateurs de la plateforme (sur ce point, le champ d'application est donc plus large que pour le livre VI). Les relations C2C et C2B sont par contre exclues (comme dans le livre VI).

10. Regards critiques sur la manière dont le domaine d'application est circonscrit, dans le contexte de l'économie collaborative. Les contrats conclus entre consommateurs échappent au domaine d'application des livres VI et XII du C.D.E. et ne sont pas soumis aux mécanismes de protection instaurés par ceux-ci, contrairement aux contrats entre une entreprise et un consommateur³⁶. Aussi peut-on se demander si cette différence de traitement est contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10-11 Const.), lorsque le contrat est conclu par le biais des réseaux, à travers un site web spécialement conçu pour mettre en relation les consommateurs³⁷.

³⁵ Voy. les dispositions énumérées à l'article XII.10 du C.D.E.

³⁶ Soulignant que les dispositions de la L.P.C.C. (et, *mutatis mutandis*, du livre VI du C.D.E.) en matière de vente à distance ne s'appliquent à eBay que dans la mesure où le contrat est conclu entre un vendeur professionnel et un acheteur consommateur, voy. T. DE COSTER, « Le cas d'eBay », in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahier du CRID n° 30, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 135. Sur le cadre normatif applicable aux sites de ventes aux enchères, voy. aussi Ch. RIEBA, « La protection des consommateurs sur les plateformes de courtage en ligne : point de vue d'outre-Manche », *R.E.D.C.*, 2005/4, pp. 333 et s.; FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation : Commerce entre particuliers sur l'internet. Quelles obligations pour les vendeurs et les plateformes de mise en relation*, 8 novembre 2005, pp. 21 et s.; F. MAS, « L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2006/12, n° 367, p. 72.

³⁷ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 390 et s., n° 291.

²⁷ C.J.U.E., 4 octobre 2018, aff. C-205/17, *Komisja za zaščita na potrošiteliste*, pt. 38.

²⁸ Art. XII.6 et s. du C.D.E.

²⁹ Art. 1.18, 3° et 5°, du C.D.E.

³⁰ Art. XII.1, § 2, al. 2, du C.D.E.

³¹ Voy. art. 2, a), de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, renvoyant à l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.U.E.*, n° L 204 du 21 juillet 1998, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.U.E.*, n° L 217 du 5 août 1998.

³² Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, n° L 241 du 17 septembre 2015.

³³ Voy. les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 50-2100/001, p. 13. Sur cette notion, voy. C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, pt 29; C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, pt 37.

³⁴ En ce sens ég., M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 95-96, n° 130.

Il faut reconnaître qu'*a priori*, le consommateur-acheteur souffre d'un manque de connaissance identique, lorsqu'il contracte avec un professionnel ou avec un autre consommateur. Des obligations (d'information, notamment) comparables à celles qui auraient incombé à l'entreprise ne peuvent toutefois pas être imposées à son cocontractant (qui est également un consommateur au sens de la loi). La manière dont le domaine d'application des livres VI et XII est conçu permet de déduire qu'aux yeux du législateur, le consommateur ne mérite d'être protégé que s'il contracte avec un professionnel. En effet, la faiblesse est relative : l'acquéreur n'est faible que parce que son cocontractant est supposé fort. On ne peut raisonnablement pas exiger d'un consommateur (vendeur) qu'il fournisse diverses informations à un autre consommateur (acquéreur) : outre qu'il est probable qu'il ignore la plupart des informations (à tout le moins celles qui portent sur des éléments de droit), ce serait créer une différence de traitement discriminatoire que de lui imposer ces obligations alors qu'il en est dispensé s'il contracte à travers un site web classique ou dans l'environnement traditionnel. La différence de traitement entre les consommateurs (acquéreurs), selon qu'ils s'engagent avec un professionnel ou un autre consommateur a ainsi un caractère objectif et raisonnable qui tient à la situation personnelle de ce dernier cocontractant (un consommateur ou un professionnel) et au déséquilibre (si le cocontractant est un professionnel) ou à l'absence de déséquilibre (si le cocontractant est un consommateur) entre les parties. Et il ne paraît pas disproportionné d'imposer des règles spécifiques aux professionnels (vendeurs) alors que les consommateurs (vendeurs également) en sont dispensés.

Des règles pourraient toutefois être imposées à l'intermédiaire (la plateforme). En principe, le titulaire de celle-ci agit à des fins professionnelles et obtient une rémunération pour le service fourni (sous la forme d'une commission). Il est donc justifié de lui imposer diverses obligations d'information envers le consommateur (acheteur), sur des éléments de droit ou des éléments de fait. Pour ces derniers, il devrait concevoir le site de sorte que le consommateur-vendeur fournisse les éléments essentiels au consentement de son cocontractant. Parallèlement, il faudrait également informer ce consommateur-vendeur, en particulier sur les risques encourus en procédant à ce type de transaction. Depuis de nombreuses années, nous plaçons donc pour l'adoption d'un cadre normatif, au niveau européen, visant à régir l'activité de ces intermédiaires de l'internet³⁸ (à ce sujet, voy. *infra*, nos 37 et s.).

La plateforme devrait également veiller à ce que la qualité sous laquelle les utilisateurs interviennent soit clairement annoncée et, si possible, vérifiée. Pour permettre aux utilisateurs de s'engager en pleine connaissance de cause dans une relation contractuelle, ils doivent savoir si les règles de protection sont susceptibles de s'appliquer, ou pas (et choisir, le cas échéant, un autre cocontractant potentiel en fonction de ce critère).

³⁸ H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », *op. cit.*, pp. 71-72.

B. Panorama des dispositions des livres VI et XII à observer dans les relations B2C nouées entre les utilisateurs

11. Présentation des principales règles de protection du consommateur. Nous exposons brièvement les principales règles matérielles³⁹ de protection du consommateur, en distinguant les dispositions des livres VI du C.D.E.⁴⁰ et XII du C.D.E., justifiées par l'existence d'une relation nouée à distance et par voie électronique (1), et celles qui s'appliquent indépendamment du mode de conclusion du contrat (2).

Nous voyons également si la manière dont le cadre normatif est actuellement conçu répond adéquatement aux enjeux posés par l'économie collaborative (3).

1. Règles applicables aux relations nouées à distance et par voie électronique⁴¹

12. Obligations d'information. Les obligations d'information prévues par les livres VI (en matière de contrats à distance⁴²) et XII du C.D.E. sont nombreuses.

L'article XII.6 du C.D.E. exige ainsi de tout prestataire d'un service de la société de l'information qu'il « assure un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins », à diverses informations permettant principalement de l'identifier et d'entrer en contact avec lui. Le cas échéant, les informations à diffuser portent également sur les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (l'activité étant soumise à un régime d'autorisation) ou ont trait aux professions réglementées. Ces obligations d'information doivent être observées indépendamment de l'existence d'un processus contractuel et, s'il existe, à toute étape de celui-ci (l'accès devant être permanent). On peut ajouter l'exigence prévue par

³⁹ Des règles de protection de nature procédurale ont également été mises en place. On songe par exemple à l'instauration d'une action en réparation collective (art. XVII.35 et s. du C.D.E.) ou à l'encadrement du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (art. XVI.1 et s. du C.D.E.).

⁴⁰ On peut également mentionner, complémentirement au livre VI du C.D.E., le régime de la garantie des biens de consommation figurant aux articles 1649bis et s. du Code civil.

⁴¹ Les considérations qui suivent sont tirées de nos précédentes publications sur le même sujet, en particulier H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne », *R.D.T.I.*, 2014/3, pp. 5 et s.; H. JACQUEMIN et J. LESAGE, « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », in J.-A. Delcorde (dir.), *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 103-144; H. JACQUEMIN, « Protection du consommateur et numérique en droits européens et belges », in H. Jacquemin et M. Nihoul (coord.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 257 et s.

⁴² Une distinction est faite entre les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers et les contrats à distance portant sur des services financiers, qui font l'objet de dispositions légales distinctes (même si, globalement, les mécanismes de protection mis en place sont similaires – obligation d'information et droit de rétractation). Pour ne pas compliquer la présentation, on se limite, dans la présente contribution, aux règles relatives aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers.

l'article 14 du règlement (UE) n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (R.L.L.)⁴³, applicable depuis le 9 janvier 2016, et qui impose aux professionnels établis dans l'Union et qui participent à des contrats de vente ou de service en ligne, ainsi qu'aux places de marché en ligne établies dans l'Union, de faire figurer, sur leur site internet, un lien électronique vers la plateforme de R.L.L.⁴⁴. Le règlement ajoute que ce lien est aisément accessible aux consommateurs et que les professionnels établis dans l'Union participant à des contrats de vente ou de service en ligne indiquent aussi leur adresse électronique.

Diverses informations doivent être fournies *avant* que le consommateur ne soit lié par un contrat. Les modalités formelles restent, à ce stade, assez souples puisque les informations prescrites au stade précontractuel doivent être fournies « sous une forme adaptée à la technique de communication utilisée »⁴⁵. Les informations en question sont listées à l'article VI.45, § 1^{er}, du C.D.E., et portent sur des éléments de faits ou de droit susceptibles de réduire le déficit informationnel dont le consommateur est supposé souffrir (identification et coordonnées de l'entreprise, description du bien ou du service, droit de rétractation, etc.).

Conformément à la directive sur les droits des consommateurs, le livre VI impose des modalités formelles complémentaires dans les contrats conclus à distance et par voie électronique, spécialement lorsqu'une obligation de paiement repose sur le consommateur. Il est ainsi requis que le consommateur soit informé des principales caractéristiques du bien ou du service, du prix, de la

durée du contrat et de la durée des obligations minimales qui s'imposent à lui au titre du contrat, et ce, d'une manière claire et apparente, avant de passer sa commande⁴⁶. De même, « l'entreprise veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaît explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible "commande avec obligation de paiement" ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise. Si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande » (art. VI.46, § 2, al. 2, du C.D.E.). Enfin, des obligations d'information relatives aux éventuelles restrictions de livraison et aux moyens de paiement acceptés par le professionnel sont également imposées aux sites de commerce électronique, et ce, au plus tard au début du processus de commande⁴⁷.

Quant au livre XII du C.D.E., il impose la communication d'informations avant que le destinataire du service ne passe commande par voie électronique. Elles concernent « 1° les langues proposées pour la conclusion du contrat; 2° les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat; 3° les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée; 4° [la question de savoir] si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non » (art. XII.7, § 1^{er}, du C.D.E.). Sur le plan formel, les informations doivent être formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque.

Enfin, des informations doivent être confirmées *après* la conclusion du contrat: il est ainsi requis de l'entreprise qu'elle fournisse une confirmation du contrat conclu sur un support durable, comprenant les informations visées à l'article VI.45, § 1^{er}, du C.D.E. (sauf si l'entreprise a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance)⁴⁸. Cette confirmation doit intervenir « dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant l'exécution du contrat de service »⁴⁹.

En outre, conformément à l'article XII.9 du C.D.E., le prestataire doit accuser réception de la commande sans délai injustifié et par voie électronique. Cet accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande.

L'exigence d'une « fourniture » des informations sur un « support durable », telle que requise par l'article VI.46, § 7, du C.D.E., doit être bien comprise.

⁴³ Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, J.O.U.E., n° L 165 du 18 juin 2013, pp. 1 et s. Le règlement relatif au R.L.L. doit être vu comme le complément de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, J.O.U.E., n° L 165 du 18 juin 2013, pp. 63 et s., transposée au livre XVI du C.D.E. Pour un commentaire de la directive et du règlement, voy. E. POILLON, « Chronique – Droit de la consommation », J.D.E., 2014/1, pp. 20-22; H. DE CONINCK, « De alternatieve geschillenbeslechting in België: verleden, heden en toekomst », D.C.C.R., 2013/100-101, pp. 223 et s.; S. BERNHEIM-DESVAUX, « Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne des litiges de consommation », *Obs. Bxl*, n° 95, janvier 2014, pp. 16 à 19; G. RUE, « Bientôt une plateforme européenne pour le règlement en ligne des litiges de consommation », B.S.J., n° 497, mai 2013, p. 15; H. JACQUEMIN et A. LACHAPPELLE, « Renforcer la confiance des consommateurs par le règlement extrajudiciaire des litiges », J.D.E., 2014/209, pp. 186-196; G. RENIER, « Le nouvel encadrement de l'Union européenne pour le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Examen de la directive 2013/11/UE en matière d'ADR », R.E.D.C., 2014, pp. 135-163.

⁴⁴ De même, il est requis des prestataires de commerce en ligne qui ont pris l'engagement de recourir à une ou plusieurs entités de règlement extrajudiciaire des litiges ou qui sont tenus d'y recourir, d'informer les consommateurs de l'existence de la plateforme de R.L.L. et de la possibilité d'y recourir pour régler leurs litiges. Dans ce cadre, ils fournissent un lien électronique vers la plateforme de R.L.L. sur leur site internet et, si l'offre est faite par courrier électronique, dans ce courrier électronique. Ces informations sont aussi fournies, le cas échéant, dans les conditions générales applicables aux contrats de vente et de service en ligne.

⁴⁵ Art. VI.46, § 1^{er}, du C.D.E.

⁴⁶ Art. VI.46, § 2, du C.D.E.

⁴⁷ Art. VI.46, § 3, du C.D.E.

⁴⁸ Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

⁴⁹ Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

S'agissant de la « fourniture » des informations, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive⁵⁰ : autrement dit, il ne doit effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Parallèlement, les termes indiquent, dans le chef du professionnel, un comportement actif qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations. Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a décidé que « lorsque les informations qui se trouvent sur le site Internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni « fournies » à ce consommateur ni « reçues » par celui-ci au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 » (point 37 de l'arrêt).

Quant au support durable, il désigne « tout instrument permettant à une personne physique ou morale de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière lui permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées. Peut constituer un support durable, lorsque ces fonctions sont préservées, le papier ou, dans l'environnement numérique, un courrier électronique reçu par le destinataire ou un document électronique enregistré sur un dispositif de stockage ou attaché à un courrier électronique reçu par le destinataire »⁵¹.

Il faut par ailleurs respecter l'exigence figurant à l'article XII.7, § 2, du C.D.E., aux termes duquel « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ».

13. Identification et correction des erreurs. L'article XII.8 du C.D.E. exige du prestataire qu'il mette en place, avant la passation de la commande, des moyens techniques appropriés permettant au destinataire du service d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les identifier.

Il peut par exemple s'agir de mécanismes qui attirent l'attention de l'interlocuteur sur les champs du formulaire de demande qui n'auraient pas été correctement complétés. Un récapitulatif de la commande, à contrôler et valider par le client pour finaliser le processus de conclusion du contrat, permet également d'atteindre l'objectif voulu par le législateur.

Par ailleurs, on rappelle que des informations doivent être données sur l'existence de tels moyens.

14. Droit de rétractation. Pour protéger le consentement du consommateur dans les contrats à distance, un droit de rétractation lui est octroyé. Le consommateur dispose d'un délai de 14 jours calendriers pour se rétracter, sans avoir à motiver sa décision et « sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à

⁵⁰ Voy. C.J.U.E., 5 juillet 2012, *Content Services Ltd*, C-49/11, pt 33. Voy. aussi C.J.U.E., 25 janvier 2017, *Bauwag*, C-375/15.

⁵¹ Art. I.1, 15°, du C.D.E.

l'article VI.50, § 2, et à l'article VI.51 »⁵². Le point de départ est fixé au « jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien »⁵³. Pour les contrats de service, c'est le jour de la conclusion du contrat qui est pris en compte. La prestation de service⁵⁴ peut commencer avant la fin du délai de rétractation mais, dans ce cas, une demande expresse du consommateur est requise⁵⁵.

L'effectivité du droit de rétractation est subordonnée à la connaissance, par le consommateur, de l'existence (ou de l'absence) d'un tel droit et de la manière de l'exercer. Plusieurs obligations d'information concernent ainsi le droit de rétractation⁵⁶. Pour faciliter la tâche des entreprises (et, partant, renforcer la protection du consommateur), un formulaire contenant les informations standardisées est annexé au livre VI. À cet égard, après avoir rappelé que les informations pouvaient être fournies au moyen des informations standardisées figurant sur le modèle visé à l'annexe 1, il est expressément stipulé que « l'entreprise a respecté les obligations d'information énoncées aux points précités du paragraphe 1^{er}, 8°, 9° et 10°, si elle a fourni lesdites informations au consommateur, correctement complétées »⁵⁷.

S'il souhaite exercer son droit de rétractation, le consommateur doit informer l'entreprise avant l'expiration du délai prévu par la loi⁵⁸. Une nouvelle fois, le législateur est soucieux de faciliter la tâche du professionnel puisque celui-ci peut proposer au consommateur l'utilisation du formulaire de rétractation figurant à l'annexe 2 du livre VI. Il est également loisible au consommateur « de faire une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat ». Ces modes de communication peuvent également être proposés en ligne, à travers le site internet du professionnel. Dans ce cas, l'entreprise a cependant l'obligation d'accuser réception de la rétractation sur un support durable.

⁵² Art. VI.47, § 1^{er}, du C.D.E.

⁵³ Art. VI.47, § 2, du C.D.E. Le livre VI envisage également certaines hypothèses spécifiques, telles que les biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples et les contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie.

⁵⁴ Ou la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain.

⁵⁵ Art. VI.46, § 8, du C.D.E.

⁵⁶ Art. VI.45, § 1^{er}, 8°-11°, du C.D.E.

⁵⁷ Art. VI.45, § 3, du C.D.E.

⁵⁸ Art. VI.49 du C.D.E. Plus précisément, la communication doit être adressée à l'entreprise pendant ce délai. Peu importe, dès lors, si elle lui parvient ultérieurement.

L'entreprise doit rembourser le consommateur des paiements qu'elle a reçus (en ce compris les frais de livraison⁵⁹ standard⁶⁰) sans retard excessif et au plus tard « dans les quatorze jours suivant celui où elle est informée de la décision du consommateur de se rétracter du contrat »⁶¹. Dans ce cadre, elle doit normalement utiliser le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur. Le professionnel pourrait craindre de rembourser le consommateur avant d'avoir reçu le bien en retour (et d'avoir contrôlé son état). Pour répondre à cette préoccupation, le livre VI l'autorise, dans le cas de la vente, « à différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni la preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits »⁶².

L'obligation principale qui repose sur le consommateur en cas d'exercice du droit de rétractation est de renvoyer le bien (sauf si l'entreprise propose de les récupérer elle-même)⁶³. Il doit le faire sans retard excessif et au plus tard dans les quatorze jours qui suivent sa décision de se rétracter.

En matière de prestation de service (ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain), lorsque le consommateur a demandé expressément à ce que le service commence avant la fin du délai de rétractation, il ne perd pas pour autant ce droit, mais peut être tenu de payer une indemnité à l'entreprise. Aux termes de l'article VI.51, § 3, « il paie à l'entreprise un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé l'entreprise de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur à l'entreprise est calculé sur la base du prix total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni ». Aucun coût ne peut par contre lui être imputé s'il apparaît que l'entreprise ne lui a pas fourni certaines informations sur le droit de rétractation (visées à l'article VI.45, § 1^{er}, 8^o ou 10^o) ou si le consommateur « n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article VI.46, § 8 »⁶⁴.

La question se pose de savoir ce que le consommateur est autorisé à faire avec le bien pendant le délai de rétractation (et, accessoirement, si une indem-

⁵⁹ La question de savoir si une entreprise de vente par correspondance pouvait imputer au consommateur un forfait de 4,95 euros pour les frais d'expédition et conserver ce montant même si le droit de rétractation était exercé a été posée à la Cour de justice (C.J.U.E., 15 avril 2010, *Heine*, C-511/08). Elle a répondu par la négative et rappelé dans ce cadre les objectifs poursuivis par le législateur en limitant les frais imputables au consommateur : il faut en effet éviter que celui-ci hésite à exercer son droit de rétractation (pts 54 à 56 de l'arrêt).

⁶⁰ Art. VI.50, § 2, du C.D.E.

⁶¹ Art. VI.50, § 1^{er}, du C.D.E.

⁶² Art. VI.50, § 3, du C.D.E.

⁶³ Art. VI.51, § 1^{er}, du C.D.E.

⁶⁴ Art. VI.51, § 4, du C.D.E.

nitée compensatrice peut lui être imposée). Le livre VI stipule à cet égard que « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens »⁶⁵.

Le livre VI contient une liste de treize hypothèses dans lesquelles aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur⁶⁶. Plusieurs d'entre elles figuraient déjà dans la législation précédente⁶⁷. D'autres sont nouvelles (ou ont subi des modifications). On songe par exemple aux « contrats de service après que le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdrait son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par l'entreprise », à « la fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison » ou à « la prestation de services d'hébergement, autres qu'à des fins résidentielles, de transport, de location de voiture, de restauration ou de services liés à des activités de loisir si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique ».

2. Autres règles de protection du consommateur figurant dans le livre VI du C.D.E.

15. Interdiction des clauses abusives et des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (voy. aussi *infra*, nos 31-32). La relation contractuelle nouée entre les utilisateurs peut être soumise à des conditions contractuelles, tantôt proposées par la plateforme et reprises à son compte par l'utilisateur professionnel ; tantôt rédigées unilatéralement par l'utilisateur professionnel. Le cas échéant, elles peuvent contenir des clauses abusives (soit une clause en tout cas abusive figurant dans la liste de l'article VI.83, soit une clause abusive au sens de la définition de l'article I.8, 22^o, du C.D.E.), interdites par l'article VI.84 du C.D.E.

S'agissant d'une relation entre une entreprise et un consommateur, l'interdiction des pratiques commerciales déloyales est également d'application. La pratique commise par un professionnel sur la plateforme peut ainsi être sanctionnée si elle constitue une pratique commerciale déloyale en toutes circons-

⁶⁵ Art. VI.51, § 2 du C.D.E. On peut également se référer à la jurisprudence de la Cour de justice (C.J.C.E., 3 septembre 2009, *Messner*, C-489/07. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt "Messner" : l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance », J.D.E., 2009, pp. 273-277).

⁶⁶ Art. VI.53 du C.D.E.

⁶⁷ Voy. par ex. art. VI.53, 3^o, 9^o et 10^o, du C.D.E.

tances⁶⁸ ou si elle est déloyale suivant la norme semi-générale (en raison de son caractère trompeur ou agressif)⁶⁹ ou suivant la norme générale⁷⁰.

16. Interdiction de paiements supplémentaires. Aux termes de l'article VI.41 du C.D.E., «avant que le consommateur soit lié par un contrat ou une offre, l'entreprise doit obtenir le consentement exprès du consommateur à tout paiement supplémentaire à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale de l'entreprise. Si l'entreprise n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, mais qu'elle l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur a droit au remboursement de ces montants payés». Le législateur exige ainsi un consentement exprès de la part du consommateur, en instaurant par ailleurs un système d'*opt-in* (le consommateur doit cocher activement les cases concernées).

17. Livraison de biens et transfert des risques. L'article VI.43 du C.D.E. règle la livraison des biens, en imposant à l'entreprise, sauf dérogation contraire, de livrer les biens (en transférant la possession physique ou leur contrôle au consommateur) sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat. Cette exigence existait déjà dans la L.P.M.C., concernant les contrats à distance⁷¹. Désormais, son champ d'application est nettement plus large puisqu'elle n'est plus limitée à un mode spécifique de contracter (à distance). Le non-respect de cette obligation fait l'objet d'une sanction civile spécifique, permettant au consommateur de mettre fin au contrat⁷².

Lorsque la vente d'un bien au consommateur ne s'accompagne pas d'un transfert de la possession physique directement du vendeur à l'acheteur, mais requiert que le bien soit expédié, il importe de régler le transfert du risque, en cas de perte ou de dommages causés au bien pendant le transport. Cette question est réglée à l'article VI.44 du C.D.E. qui, par dérogation au droit commun de la vente, ne transfère le risque de perte ou d'endommagement éventuel du bien, au consommateur, que «lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens»⁷³.

18. Garantie des biens de consommation. Un régime spécifique, combinant l'obligation de délivrance conforme et la garantie légale, a été mis en place en vue de protéger le consommateur face à l'entreprise qui lui a vendu des biens

⁶⁸ Art. VI.100 et VI.103 du C.D.E.

⁶⁹ Art. VI.97-VI.99 et VI.101-102 du C.D.E.

⁷⁰ Art. VI.93 du C.D.E.

⁷¹ Art. 48, § 1^{er}, de la L.P.M.C.

⁷² Art. VI.43, § 2, du C.D.E.

⁷³ Il peut cependant supporter le risque plus tôt dans le processus de livraison, et spécialement lors de la livraison du bien au transporteur, «dès lors que ce dernier a été chargé du transport des biens par le consommateur et que le choix n'a pas été proposé par l'entreprise, sans préjudice des droits dont le consommateur dispose à l'égard du transporteur».

de consommation⁷⁴. Eu égard à l'objectif poursuivi, les articles 1649bis et suivants du Code civil sont impératifs⁷⁵. Conformément à l'article 1649quater, § 1^{er}, du Code civil, «le vendeur répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe lors de la délivrance du bien et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de celle-ci». Si tel est le cas, le consommateur peut se prévaloir du bénéfice des remèdes établis par la loi, en respectant la hiérarchie suivante : réparation du bien ou remplacement de celui-ci dans un premier temps, réduction adéquate du prix ou résolution du contrat dans un second temps⁷⁶.

Un litige soumis à la cour d'appel de Liège illustre l'application du régime dans le contexte de l'économie collaborative. Il a trait à la vente aux enchères d'un véhicule sur eBay. La discussion résulte de ce que celui-ci est tombé en panne après avoir parcouru... deux kilomètres. Aussi la cour d'appel de Liège applique-t-elle les dispositions des articles 1649bis et suivants du Code civil qui protègent le consommateur lors de la vente de biens de consommation, en particulier lorsque ceux-ci ne sont pas conformes à la description qui en était faite (art. 1649ter C. civ.)⁷⁷. Tel était le cas en l'espèce puisque l'annonce indiquait un véhicule en bon état général ; or, il n'était pas en état de rouler. La demande de résolution du contrat est déclarée fondée.

3. Regards critiques sur les mesures de protection des consommateurs dans le contexte de l'économie collaborative

19. Faiblesse du consommateur qui contracte sur une plateforme de l'économie collaborative. Le consommateur qui s'engage dans un environnement dématérialisé – et pas forcément sur une plateforme de l'économie collaborative – est en position de faiblesse en raison du mode de conclusion – numérique – du contrat. Le contrat étant, par définition, conclu à distance, les parties ne sont pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre⁷⁸ et le consommateur peut, par exemple, manquer d'information sur les biens commandés, qu'il ne peut pas voir, toucher ou essayer, comme dans un magasin traditionnel. On peut également craindre que le prestataire omette d'indiquer son identité ou fournisse de fausses coordonnées, voire qu'il n'informe

⁷⁴ Voy. la définition figurant à l'article 1649bis, § 2, 3^o, du Code civil.

⁷⁵ Voy. l'art. 1649octies du Code civil : «sont nuls les clauses contractuelles ou les accords conclus avant que le défaut de conformité ne soit porté à l'attention du vendeur par le consommateur et qui, directement ou indirectement, écartent ou limitent les droits accordés au consommateur par la présente section».

⁷⁶ Art. 1649quinquies du Code civil.

⁷⁷ Liège, 25 mars 2011, *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 67, note J.-Fr. HENROTTE.

⁷⁸ Voy. la définition du «contrat à distance», à l'article I.8, 15^o, du C.D.E. Les travaux préparatoires soulignent en effet que «vendeur et consommateur ne sont pas en présence, que ce dernier ne voit du produit offert qu'une image ou une description plus ou moins fidèles et que ces ventes ont lieu en dehors de l'entreprise du vendeur» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1420/20, p. 119). Voy. aussi le considérant n° 37 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Sur ce point, voy. aussi C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts*, C-205/07, pt 48 ; C.J.C.E., 3 septembre 2009, *Messner*, C-489/07, pt 20.

pas le consommateur sur les droits dont il dispose (en particulier le droit de rétractation). Dans une moindre mesure, la faiblesse peut également résulter de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en tant que telles, qui ne seraient pas correctement maîtrisées par l'internaute et qui pourraient le conduire à commettre des erreurs^{79 80}, voire encore de la facilité avec laquelle certains achats peuvent être effectués, ce qui peut donner lieu à des commandes impulsives et irréflechies. La faiblesse est encore renforcée par la circonstance qu'en général, il s'agit de contrats d'adhésion, privant le consommateur de toute marge de négociation, ce qui peut être exploité par le cocontractant, qui en profite pour imposer des conditions déséquilibrées.

Globalement, le consommateur qui achète un bien ou bénéficie d'un service sur une plateforme de l'économie collaborative souffre en tout cas du même type de faiblesse que le consommateur qui s'engage sur un site de commerce électronique classique (où le titulaire du site est le vendeur ou le prestataire de service).

Avec l'économie collaborative, la principale différence tient à l'identification des fins professionnelles ou privées pour lesquelles le cocontractant agit, qui déterminent l'application des règles protectrices des livres VI et XII du C.D.E. (sur ce point, *supra*, n° 7).

Parallèlement, sa position est renforcée, dès lors que la communauté des utilisateurs a pris l'habitude de noter les uns et les autres, ce qui permet d'apprécier – avec prudence cependant – la confiance qu'un vendeur ou un prestataire de service mérite de recevoir. Encore faut-il, cela va de soi, que la notation se fasse en toute transparence et qu'elle ne soit pas instrumentalisée par certains utilisateurs.

20. Marge de manœuvre dont dispose l'utilisateur prestant le service pour respecter les exigences. L'utilisateur professionnel qui four-

⁷⁹ Voy. en ce sens les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (et dont les dispositions figurent désormais dans le livre XII du C.D.E.), qui relèvent que «le devoir d'information imposé à l'article 9 s'attache à la spécificité des contrats conclus électroniquement. Eu égard à la facilité et à la rapidité avec lesquelles un contrat peut être conclu sur les réseaux, il convient d'éviter à tout prix que le destinataire du service ne soit prisonnier d'un engagement qu'il n'aurait pas voulu, à la suite d'une bévue ou d'une inadvertance. C'est pourquoi l'objectif des informations prévues à l'article 9 est de garantir la transparence du processus contractuel, en vue d'un consentement libre et éclairé» (Exposé des motifs de la loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 50-2100/1, p. 32). En doctrine, E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 217-218, n° 165 et pp. 222 et s., n° 169; Chr. Biquart-Mathieu et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *Act. dr.*, 2002, pp. 174 et s., n° 10. Voy. aussi C.J.C.E., 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, C-298/07, *R.D.T.I.*, 2009/34, p. 59, note D. W. KABRE, pp. 22-23 (on note toutefois que la Cour, qui souligne l'objectif de protection du consommateur, ne vise pas uniquement les erreurs qui pourraient être commises en raison du recours aux technologies de l'information pour conclure le contrat).

⁸⁰ Sur ce dernier point, il faut cependant reconnaître que cette considération devrait se vérifier de plus en plus rarement, la plupart des consommateurs disposant désormais, et dès leur plus jeune âge, des compétences suffisantes pour utiliser les outils transactionnels en ligne.

nit le service ou vend le bien sur la plateforme a l'obligation de respecter les règles de protection examinées précédemment lorsque son cocontractant est un consommateur. Il a d'ailleurs la charge de prouver qu'il a accompli les obligations qui lui incombent⁸¹.

En pratique, la difficulté peut tenir au fait que, contrairement à un site de commerce électronique classique (de type web 1.0), dont il gère tous les aspects techniques et organisationnels, le prestataire utilisateur peut être contraint de respecter la structure et le mode de présentation préformatés par la plateforme, ce qui rend difficile, voire impossible, le respect de ses obligations⁸².

C'est le cas, par exemple, pour la mise en place de moyens techniques permettant d'identifier les erreurs dans la saisie des données et de les corriger (*supra*, n° 13), ou l'exigence du bouton spécifique intitulé «commande avec obligation de payer» (*supra*, n° 12).

À ce stade également, il faut donc souhaiter, *de lege ferenda*, que des obligations spécifiques reposent sur la plateforme, pour empêcher tout obstacle à l'accomplissement, par l'utilisateur professionnel, des obligations qui lui incombent.

C. Application de la théorie générale des obligations et des contrats

21. Application, à titre supplétif, de la théorie générale des obligations et des contrats. Quelle que soit la qualité des utilisateurs, la théorie générale des obligations et des contrats, telle qu'elle figure principalement dans le Code civil, reste d'application. On pense par exemple aux règles tenant à la formation des contrats (absence de vice de consentement, capacité des parties), aux effets du contrat (et à sa force obligatoire), à la preuve, à l'exigence de bonne foi ou aux sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Suivant le cas, les règles applicables à certains contrats nommés (vente, louage d'ouvrage, bail, etc.) doivent aussi être respectées.

On rappelle d'ailleurs que, dans les relations B2B, C2B et C2C, ce sont généralement les seules règles à observer.

On peut difficilement procéder à une présentation exhaustive de ces régimes. Aussi nous limitons-nous à quelques illustrations, tirées de la jurisprudence (*infra*, n° 22). Celle-ci reste globalement assez limitée, ce qui n'est pas une surprise. Sauf si le litige présente un enjeu important, les consommateurs s'adressent rarement aux cours et tribunaux pour faire valoir leurs droits.

22. Illustrations tirées de la jurisprudence. La première affaire concerne la mise en vente d'une *oldtimer Cougar* de 1967 sur *eBay*. L'un des

⁸¹ Voy. not. art. VI.62 du C.D.E.

⁸² Pour des considérations en ce sens, voy. M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 95-97.

enchérisseurs prétend que le véhicule lui aurait été vendu le 16 juin 2006 pour la somme de 12.050 euros, dès lors qu'il a fait l'offre la plus élevée. Le vendeur conteste la conclusion du contrat. D'après lui, en raison de « problèmes » avec eBay, certains acheteurs potentiels n'auraient pas eu la possibilité de faire une offre; aussi souhaite-t-il remettre la voiture en vente. Dans un message adressé au prétendu acheteur, il se dit d'ailleurs convaincu que celui-ci comprendra que le prix d'une *Cougar* dépasse largement la somme de 12.000 euros. Visiblement en désaccord avec cette allégation, le prétendu acheteur attrait le vendeur en justice. Constatant que la voiture a finalement été vendue à un tiers une semaine après la clôture de l'enchère litigieuse, il réclame le montant du prix de vente, soit 16.000 euros.

Dans un arrêt du 26 mai 2010⁸³, la cour d'appel de Gand juge cependant l'action non fondée. Le débat va se focaliser sur les conséquences à tirer du non-respect, par le prétendu acheteur, d'une condition particulière de paiement imposée par le vendeur. Suivant celle-ci, il devait être contacté dans les 24 heures de la fin de l'enchère en vue de procéder au versement d'un acompte dans ce même délai. La cour donne raison au vendeur pour admettre que la conclusion de la vente en tant que telle était subordonnée au respect de cette condition. Elle juge en effet que, l'article 1583 du Code civil n'étant pas d'ordre public, la conclusion du contrat peut être subordonnée à d'autres éléments que l'accord des parties sur la chose et sur le prix. L'opposabilité de cette condition est contestée mais la cour décide que le prétendu acheteur avait eu la possibilité de les connaître et les avait acceptées, fût-ce tacitement. En outre, on peut se fonder sur les conditions d'utilisation de la plateforme, dont l'opposabilité en tant que telle n'est pas discutée, pour décider que la condition additionnelle imposée par le vendeur constitue un élément essentiel de la vente dont le non-respect lui permet de mettre fin à l'opération.

Divers autres arguments sont ensuite invoqués mais aucun ne fait mouche: ils portent sur la méconnaissance des obligations d'informations prescrites par l'article 30 de la L.P.C.C., le prétendu acheteur pouvant difficilement avancer qu'il n'avait pas compris la condition imposant le paiement d'un acompte⁸⁴; le non-respect de l'article 80, § 3, de la L.P.C.C., depuis lors abrogé, et qui interdisait tout paiement anticipé avant la fin du délai de rétractation; la qualification de la condition additionnelle en clause abusive au sens de l'article 31, § 1^{er}, de la L.P.C.C. ou l'application de la théorie de la *rechtsverwerking* et de l'abus de droit.

Il s'ensuit que l'appelant – le prétendu acheteur – est débouté.

Dans un autre litige, déjà présenté (*supra*, n° 18), et relatif à la vente d'un véhicule sur eBay, tombé en panne après deux kilomètres⁸⁵, la cour d'appel de

⁸³ Gand, 26 mai 2010, D.C.C.R., 2011/91, p. 51, note C. CAUFFMAN.

⁸⁴ Il avait en effet participé aux enchères sur la base de cette description en français et la version néerlandaise de cette exigence d'acompte était une simple traduction d'une partie du texte français.

⁸⁵ Liège, 25 mars 2011, R.D.T.I., 2012/46, p. 67, note J.-Fr. HENROTTE.

Liège se prononce également sur le moment de la conclusion du contrat⁸⁶, spécialement lorsque certaines étapes du processus contractuel sont intervenues à travers la plateforme de commerce électronique. Même si, dans certains cas très spécifiques⁸⁷, la question n'est pas dénuée d'intérêt, il faut reconnaître qu'en l'espèce, elle n'avait aucune incidence sur la solution du litige (la demande ayant été introduite dans le délai de deux ans fixé à l'article 1649*quater* du Code civil)⁸⁸. La mise aux enchères de la voiture par le vendeur sur la plateforme est ainsi analysée comme une « invitation à offrir » ou à soumettre une offre et pas comme une offre en tant que telle. Cette offre est faite par l'acheteur, lorsqu'il participe aux enchères. Quant à l'acceptation, elle ne résulte pas, nous dit la cour, « de la réception du courriel adressé par le site de vente en ligne au meilleur enchérisseur car il n'est pas l'expression de la volonté [du vendeur] mais l'exécution automatique d'une séquence informatique qui échappe totalement à son contrôle ». En l'espèce, l'acceptation de l'offre – et la conclusion du contrat – serait plutôt intervenue lors de la discussion téléphonique entre les parties, au cours de laquelle les modalités pratiques de la livraison ont été fixées.

Section 2

Relation entre la plateforme et les utilisateurs

23. Relation encadrée par des dispositions légales et conventionnelles. La qualité des utilisateurs (entreprise ou consommateur) et/ou l'objet des contrats susceptibles d'être noués à travers la plateforme peuvent justifier que cette dernière observe des dispositions légales ou réglementaires spécifiques dans ses relations avec l'un et/ou l'autre des utilisateurs. Le cas échéant, elles peuvent résulter du rôle d'intermédiaire joué par la plateforme (A), de la fourniture d'un service de la société de l'information aux utilisateurs (B) ou de la qualité de consommateur de l'un (et/ou l'autre) des utilisateurs (C).

Les plateformes veillent également à définir les droits et obligations qui leur incombent (ainsi qu'aux utilisateurs), en établissant des conditions générales, plus ou moins longues et détaillées. Des modalités sont d'ailleurs mises en place (généralement lors de l'inscription de l'utilisateur) pour s'assurer de leur opposabilité à leur destinataire (sans préjudice de l'application éventuelle d'exigences complémentaires tenant à la qualité de consommateur de l'utilisateur – *infra*, n° 30). On rappelle à cet égard que, pour garantir la « force

⁸⁶ Sur cette question, voy. not. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., pp. 231 et s., n° 175 et s.; M. VAN HUFFEL, « Le droit communautaire », in B. De Nayer et J. Laffineur (éd.), *Le consentement électronique*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, pp. 31 et s.; H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », J.D.E., 2009, p. 136.

⁸⁷ Pour déterminer le point de départ du délai de rétractation en cas de contrat à distance portant sur des services, par exemple.

⁸⁸ En ce sens, voy. J.-Fr. HENROTTE, « Le moment de la conclusion du contrat de vente dans une plateforme de courtage aux enchères en ligne telle qu'eBay », note sous Liège, 25 mars 2011, R.D.T.I., 2012/46, p. 71.

obligatoire» – expression préférée par la doctrine à celle d'«opposabilité» – des conditions générales, le destinataire doit avoir eu la possibilité d'en prendre connaissance, de manière effective, avant la conclusion du contrat, et il doit les avoir acceptées de manière certaine (fût-ce tacitement)^{89 90}.

On note que le cadre normatif pourrait évoluer à brève échéance, dans les relations entre la plateforme et les utilisateurs professionnels. Une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne a en effet été déposée en avril 2018⁹¹. Elle est actuellement en cours de discussion. Elle instaure des mesures de protection au bénéfice des entreprises qui recourent à des services d'intermédiation en ligne (fournis notamment par des plateformes de l'économie collaborative) pour offrir des biens ou des services aux consommateurs. Elles concernent les modalités et conditions contractuelles des fournisseurs de service d'intermédiation, la suspension et la résiliation des services ou les classements auxquels sont soumis les professionnels.

A. La plateforme comme intermédiaire commercial

24. Application des règles en matière d'intermédiation commerciale. Dans la plupart des modèles de l'économie collaborative, la plateforme joue un rôle d'intermédiaire commercial, pour permettre aux utilisateurs d'entrer en relation et, si possible, de conclure un contrat.

Suivant l'objet du service d'intermédiation fourni par la plateforme (et du contrat susceptible d'être conclu par les utilisateurs), un cadre normatif plus ou moins complexe peut trouver à s'appliquer. Il peut imposer à la plateforme de respecter des règles spécifiques au moment de lancer son activité (autorisation préalable, agrément, qualifications, etc.) ou en cours d'exercice de celle-ci, et spécialement dans ses rapports avec les clients. C'est le cas dans le domaine

⁸⁹ Sur l'opposabilité des conditions générales, en particulier lorsqu'elles sont fournies en ligne, voy. Q. VAN ENIS, «L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées?», in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 9-36; J. COLLARD et J.-Fr. HENROTTE, «Les conditions générales en ligne: cherchez l'intrus», *R.D.T.L.*, 2009, pp. 11-28; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n^{os} 193 et s.; P. A. FORIERS, «Conditions générales de vente», in *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 52 et s.; D. PHILIPPE et L.-A. NYSSENS, «L'opposabilité des conditions générales», in *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 109 et s.; C. HÉLAS, «L'opposabilité des conditions générales contractuelles en ligne. Error 404: this page cannot be found», note sous Cass., 16 septembre 2016, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 155 et s.; Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique», in H. Jacquemin et M. Nihoul (coord.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 71 et s.

⁹⁰ Voy. ég. l'article 5.27 de l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 «les obligations», tel qu'approuvé par le Conseil des ministres le 30 mars 2018: «l'inclusion des conditions générales d'une partie dans le contrat requiert leur connaissance effective par l'autre partie ou, à tout le moins, la possibilité pour celle-ci d'en prendre effectivement connaissance, ainsi que leur acceptation».

⁹¹ COM(2018) 238 final.

des transports (pour *Uber*, par exemple) ou des services financiers (pour les plateformes de *crowdfunding*, par exemple). Nous n'examinons pas ces règles spécifiques.

Indépendamment de ces hypothèses, il faut se demander si des règles générales, applicables aux contrats d'intermédiation (indépendamment du secteur concerné), doivent être respectées⁹².

Suivant le cas, elles figurent dans le livre X du C.D.E. (*infra*, n^o 25) ou ont été consacrées par la doctrine et la jurisprudence pour certains contrats innomés ou, en tout cas, peu réglementés (*infra*, n^o 26)⁹³.

25. Dispositions du livre X du C.D.E. Des règles spécifiques aux contrats d'intermédiation figurent dans le livre X du C.D.E., pour les contrats d'agence commerciale, de coopération commerciale et de concession de vente.

On note que l'objectif est généralement de protéger l'intermédiaire agissant à titre professionnel⁹⁴, eu égard à la faiblesse dont il est supposé souffrir à des moments-clés – et potentiellement critiques – de la vie du contrat (période précontractuelle et dissolution du contrat, principalement).

La prudence recommande de ne pas généraliser les conclusions à toutes les plateformes de l'économie collaborative (vu la diversité des modèles rencontrés) mais, si l'on prend l'exemple d'*eBay* ou d'*Airbnb*, il paraît assez évident que le modèle choisi ne s'inscrit pas dans ces régimes.

D'après les conditions générales d'*eBay*, «eBay est une place de marché qui permet à ses utilisateurs d'offrir, de vendre ou d'acheter pratiquement tout ce qu'ils souhaitent, dans une diversité de formats tarifaires et de lieux d'échange, tels que, entre autres, les boutiques eBay, les mises en vente à prix fixe ("Achat immédiat") ou au format "Enchères" provenant de lieux différents.

eBay ne détient aucun objet mis en vente ou vendu sur son site, et n'intervient en aucune façon dans la transaction entre les vendeurs et les acheteurs. Le contrat de vente est conclu exclusivement et directement entre le vendeur et l'acheteur. eBay n'est pas une société de vente aux enchères publiques.

Nous n'intervenons pas dans les transactions entre acheteurs et vendeurs. À ce titre, nous ne transférons pas la propriété des objets du vendeur à l'acheteur. Les accords de vente/achat sont conclus directement entre l'acheteur et le vendeur. En conséquence, nous n'exerçons aucun contrôle sur la qualité, la sûreté

⁹² À ce propos, voy. E. MONTERO, «Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet», *D.C.C.R.*, 2011/90, pp. 68 et s.

⁹³ De manière générale, sur ces contrats d'intermédiation commerciale, qu'ils fassent ou pas l'objet de dispositions légales spécifiques, voy. N. THIRION et al., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 477 et s.; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 322 et s.; P. A. FORIERS, «Le droit commun des intermédiaires commerciaux: courtiers, commissionnaires, agents», in *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1990, pp. 29 et s.

⁹⁴ On vise l'agent commercial, le concessionnaire ou la personne qui reçoit le droit dans le cadre d'accords de partenariat commercial.

ou la légalité des objets mis en vente, la véracité ou l'exactitude du contenu ou des annonces des utilisateurs, la capacité des vendeurs à vendre lesdits objets ni la capacité des acheteurs à payer lesdits objets. Toute indication sur les tarifs et la livraison, ou tout autre conseil proposés par eBay sur ses sites, services, applications ou outils, sont fournis uniquement à titre informatif. Par ailleurs, nous ne pouvons pas assurer que le vendeur ou l'acheteur concluront ou exécuteront la transaction ou qu'un acheteur retournera correctement un objet. Le vendeur est libre de choisir l'enchérisseur avec lequel il souhaite conclure la vente. Toutefois, dès que le vendeur notifie l'enchérisseur qu'il accepte son offre, les dispositions de la loi belge s'appliquent à la vente»⁹⁵.

Les conditions générales d'Airbnb vont dans le même sens :

«1.2 En tant que fournisseur de la Plateforme Airbnb, Airbnb n'est pas propriétaire et ne crée pas ni ne vend, revend, fournit, contrôle, gère ou propose de quelconques Annonces ou Services proposés par l'Hôte. Airbnb n'est pas non plus un organisateur ou un détaillant de voyages à forfait au sens de la directive (UE) 2015/2302. Les Hôtes sont seuls responsables de leurs Annonces et Services proposés par l'Hôte. Lorsque des Membres font ou acceptent une réservation, ils concluent un contrat entre eux directement. Airbnb n'est pas et ne devient pas partie à un quelconque contrat passé entre des Membres, n'est pas impliquée dans la relation contractuelle entre des Membres et n'est ni courtier immobilier ni assureur. Airbnb n'agit pas en qualité de mandataire d'un quelconque Membre, sauf comme le prévoient les Conditions de paiement.

[...]

1.4 Si vous choisissez d'utiliser la Plateforme Airbnb en tant qu'Hôte ou en tant que Co-Hôte (tel que défini ci-dessous), votre qualité à l'égard d'Airbnb se limite à celle d'entrepreneur tiers indépendant, et non d'employé, mandataire, membre d'une coentreprise ou associé d'Airbnb pour quelque motif que ce soit, vous agissez exclusivement pour votre propre compte et à votre seul profit, et non pour le compte ou au profit d'Airbnb. Airbnb ne vous dirige pas ou ne vous contrôle pas, et ne saurait être considérée comme vous dirigeant ou vous contrôlant, que ce soit de manière générale ou en application des présentes Conditions, y compris dans le cadre de prestations de Services d'Hôte. Vous reconnaissez que vous avez le plein pouvoir discrétionnaire d'annoncer vos Services proposés par l'Hôte ou autrement de vous engager dans d'autres activités commerciales ou d'autres emplois»⁹⁶.

Partant du principe que les considérations qui précèdent correspondent à la réalité des faits, les dispositions du livre X du C.D.E. ne paraissent pas applicables aux deux plateformes précitées.

Le contrat d'agence commerciale est le «contrat par lequel l'une des parties, l'agent commercial, est chargée de façon permanente, et moyennant rémunération,

par l'autre partie, le commettant, sans être soumise à l'autorité de ce dernier, de la négociation et éventuellement de la conclusion d'affaires au nom et pour compte du commettant.

L'agent commercial organise ses activités comme il l'entend et dispose librement de son temps» (art. I.11, 1^o, du C.D.E.). Outre que les critères de la permanence et de la régularité⁹⁷ font généralement défaut, la plateforme n'intervient pas au nom et pour le compte de l'utilisateur qui vend ses biens de seconde main ou met son logement en location pour les vacances. Le vendeur ou le bailleur agissent en leur nom propre et pour leur compte, en utilisant l'outil de communication que la plateforme leur offre.

Ce n'est pas non plus un accord de partenariat commercial ou un contrat de concession de vente exclusive.

Le premier est défini comme un «accord conclu entre plusieurs personnes, par lequel une de ces personnes octroie à l'autre le droit, d'utiliser lors de la vente de produits ou de la fourniture de services, une formule commerciale sous une ou plusieurs des formes suivantes : – une enseigne commune ; – un nom commercial commun ; – un transfert de savoir-faire ; – une assistance commerciale ou technique» (art. I.11, 2^o, du C.D.E.). Les produits sont en effet vendus et les services fournis directement par l'utilisateur.

Quant au contrat de concession de vente, il vise «toute convention en vertu de laquelle un concédant réserve, à un ou plusieurs concessionnaires, le droit de vendre, en leur propre nom et pour leur propre compte, des produits qu'il fabrique ou distribue» (art. I.11, 3^o, du C.D.E.). La plateforme n'est pas un concessionnaire, qui vend les produits des utilisateurs en son nom propre et pour son compte. L'objectif est au contraire de s'extraire de la relation contractuelle nouée entre les utilisateurs, de manière à échapper à toute responsabilité en la matière.

Du reste, l'application des régimes précités aux plateformes de l'économie collaborative eût été pour le moins paradoxale. On rappelle en effet que leur objectif est de protéger l'intermédiaire, considéré comme étant en position de faiblesse. Or, les plateformes ne sont généralement pas dans cette position : au contraire, elles sont en position de force, puisqu'elles imposent le cadre contractuel aux utilisateurs (s'agissant de contrats d'adhésion pour lesquels la marge de négociation est normalement inexistante), quand les utilisateurs pourraient, quant à eux, être dans une situation d'infériorité.

26. Autres contrats d'intermédiation commerciale, non visés par le livre X du C.D.E. D'autres contrats d'intermédiation commerciale ne sont pas des contrats nommés, soumis à un cadre normatif spécifique qui régirait tout ou partie de la relation contractuelle. On songe notamment au courtage, à la commission, voire à des contrats d'intermédiation *sui generis* aménagés par les

⁹⁵ Voy. www.befi.ebay.be/pages/help/policies/user-agreement.html (consulté le 31/12/2018).

⁹⁶ Voy. <https://fr.airbnb.be/terms> (consulté le 31/12/2018).

⁹⁷ Art. X.1, al. 2, du C.D.E.

parties en application du principe de liberté contractuelle et intitulés lapidairement « contrats de services ». Dans ce dernier cas, il faut se référer aux normes générales ou aux dispositions conventionnelles.

Dans le contrat de commission, l'intermédiaire (commissionnaire) agit au nom du commettant, mais pour son propre compte, en vue de poser des actes juridiques⁹⁸. Il s'agit d'un mandat non représentatif, étranger au cas qui nous occupe.

On peut aussi mentionner le Code de déontologie européen de la franchise, qui définit l'opération comme un « système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lesquelles le franchiseur accorde à ses franchisés le droit et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur ». Le mécanisme suppose à tout le moins la transmission d'un « savoir-faire », qui doit être secret, substantiel et identifié⁹⁹, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

La qualification du courtage est la plus prometteuse¹⁰⁰ : il s'agit en effet du contrat d'intermédiation en vertu duquel le courtier s'engage à mettre des personnes en relation, pour leur permettre de conclure un contrat auquel il n'est normalement pas partie. Dans certains domaines, le courtage est réglementé et impose des obligations spécifiques au courtier. C'est le cas en matière d'assurance, de conseils financiers, de crédit, d'immobilier, de contrat de voyage ou de courtage matrimonial. Le cas échéant, en fonction du modèle mis en place par la plateforme, ces dispositions peuvent s'appliquer à celle-ci.

Exception faite de ces réglementations particulières, le courtage n'est pas un contrat nommé et il obéit par conséquent au droit commun des obligations contractuelles ou, le cas échéant, aux dispositions supplétives du louage d'ouvrage (tel que visé aux articles 1789-1799 du Code civil). Parmi d'autres, le courtier est ainsi soumis à l'obligation de bonne foi (art. 1134, al. 3, C. civ.), dont la fonction complétive lui impose d'informer les parties qu'il met en relation et de les conseiller.

Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence attribuent de telles obligations au courtier. Comme le relève un auteur, « il peut dès lors engager sa responsabilité, notamment s'il n'informe pas correctement chacune des parties

⁹⁸ Voy. l'article 12 du Code de commerce (livre I, titre sur la Commission), qui a étrangement échappé à l'abrogation des principaux livres du Code de commerce et la transformation des parties restantes en Code des privilèges maritimes et des dispositions diverses, par la loi du 15 avril 2018.

⁹⁹ Pour la définition du « savoir-faire », voy. le Code de déontologie européen de la franchise et l'article 1^{er}, g), du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

¹⁰⁰ Pour reprendre l'expression d'E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », D.C.G.R., 2011/90, p. 72.

sur l'opération projetée ou s'il n'a rien fait pour s'enquérir de l'identité ou de la capacité des parties, voire de leur solvabilité, ou encore de leur aptitude, au moins apparente, d'exécution de leurs obligations. Or, il ressort des conditions d'utilisation de la plupart des places de marché électroniques qu'elles n'exercent aucun contrôle sur la qualité, la sûreté ou la licéité des objets proposés à la vente, ni sur l'exactitude des indications figurant dans les annonces, pas plus que sur la capacité des parties à vendre ou acheter les biens¹⁰¹.

En pratique, la qualification ne présente qu'un faible intérêt, s'il s'agit d'admettre qu'en qualité de courtier (et conformément à ses obligations contractuelles), la plateforme a des obligations très réduites à l'égard des utilisateurs. À notre connaissance, la jurisprudence belge n'est du reste pas intervenue pour consacrer, sur la base de la théorie générale des obligations, des exigences plus lourdes que celles auxquelles la plateforme s'engage dans ses conditions contractuelles.

B. La plateforme fournit un service de la société de l'information

27. Précisions complémentaires concernant la notion de service de la société de l'information. La notion de « service de la société de l'information », qui détermine l'application des dispositions du livre XII, titre 1^{er}, du C.D.E., a déjà été présentée (*supra*, n° 9). Normalement, et sous réserve de ce qui sera dit par la suite (*infra*, n° 28), la plateforme doit être considérée comme un prestataire de service de la société de l'information à l'égard des utilisateurs, destinataires des mêmes services, en qualité d'entreprises ou de consommateurs.

Il est utile de préciser à ce stade que l'exigence d'un « service », au sens de l'article 57 du T.F.U.E., est rencontrée même lorsque la rémunération n'est pas payée par son destinataire¹⁰².

La précision est importante, spécialement dans le contexte de l'économie collaborative : si le vendeur (ou le bailleur) doit généralement payer une commission à la plateforme, il n'en va pas de même de l'acheteur (ou du locataire), pour lequel le service de la plateforme est fourni sans paiement d'un prix. Dans l'arrêt *Papasavvas* du 11 septembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que la notion « englobe des services fournissant des informations en ligne pour lesquels le prestataire est rémunéré non pas par le

¹⁰¹ E. MONTERO, *ibid.*, p. 73.

¹⁰² Voy. aussi le considérant n° 18 de la directive sur le commerce électronique : « les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données ».

destinataire, mais par des revenus générés par des publicités diffusées sur un site internet¹⁰³.

Sans surprise, la Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs jugé que les services d'une place de marché en ligne comme *eBay*, consistant à mettre en relation des vendeurs et des acheteurs d'un produit¹⁰⁴, constituaient des services de la société de l'information au sens de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (telle que transposée dans le livre XII du C.D.E.).

28. Quid des services mixtes suite aux arrêts *Uber* de la Cour de justice (transport et service de la société de l'information)? La Cour de justice a été saisie, sur question préjudicielle, de plusieurs litiges concernant *Uber*¹⁰⁵. Par souci de clarté, nous faisons uniquement référence à l'arrêt du 20 décembre 2017¹⁰⁶.

À proprement parler, ils ne concernaient pas les dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique en matière d'information et de transparence: il s'agissait d'appliquer le principe du pays d'origine visé à l'article 3, § 1, l'interdiction corrélatrice, pour les États membres, pour des questions relevant du domaine coordonné, de «restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre»¹⁰⁷, ainsi que les dérogations permises¹⁰⁸. Dans ce contexte, la Cour devait déterminer si un service mixte comme celui d'*Uber* peut être considéré comme un «service de la société de l'information», auquel ces exigences devraient être appliquées.

La question préjudicielle portait également sur l'article 56 du T.F.U.E. et sur la directive 2006/123/CE sur les services¹⁰⁹.

Conformément à la législation applicable, la fourniture de services de taxi urbain est en effet subordonnée à une autorisation préalable délivrée par les autorités compétentes. Comme le résume la Cour dans son arrêt du 20 décembre 2017, «par ses première et deuxième questions, qu'il convient de

traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 56 du T.F.U.E., lu conjointement avec l'article 58, paragraphe 1, du T.F.U.E., ainsi que l'article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 2006/123 et l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34, auquel renvoie l'article 2, sous a), de la directive 2000/31, doivent être interprétés en ce sens qu'un service d'intermédiation, tel que celui en cause au principal, qui a pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain, doit être qualifié de «service dans le domaine des transports», au sens de l'article 58, paragraphe 1, du T.F.U.E., et, partant, exclu du champ d'application de l'article 56 du T.F.U.E., de la directive 2006/123 et de la directive 2000/31, ou, au contraire, si ce service relève de l'article 56 du T.F.U.E., de la directive 2006/123 ainsi que de la directive 2000/31»¹¹⁰. L'application de ces derniers textes permettrait en effet de conclure que l'autorisation préalable prescrite par la législation espagnole est contraire à la libre prestation de services et à l'interdiction de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information.

En décomposant les éléments constituant le service offert par *Uber*, on peut distinguer un service de la société de l'information (le service d'intermédiation consistant à mettre en relation le passager et le chauffeur non professionnel au moyen de l'application de son smartphone) et le service de transport en tant que tel. Pour ce dernier, la Cour constate qu'*Uber* offre ce service de transport urbain et organise son fonctionnement général¹¹¹. Aussi la Cour conclut-elle qu'il s'agit d'un «service global dont l'élément principal est un service de transport»¹¹², ce qui exclut l'application de la directive 2000/31/CE à ce service d'intermédiation¹¹³, ainsi que la directive 2006/123/CE¹¹⁴ et l'article 56 du T.F.U.E.¹¹⁵.

La question de la compatibilité de la législation espagnole imposant des conditions d'accès pour la fourniture du service de transport aux principes de

¹⁰³ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, pt 30. Voy. aussi C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, pt 43.

¹⁰⁴ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal c.a. c. eBay*, C-324/09, pt 109.

¹⁰⁵ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15; C.J.U.E., 10 avril 2018, *Uber France*, C-320/16. Voy. aussi C.J.U.E., 27 octobre 2016, *Uber Belgium BVBA*, C-526/15: dans cette ordonnance, la Cour juge la demande de question préjudicielle manifestement irrecevable, en l'absence de description suffisamment détaillée de l'activité en cause.

¹⁰⁶ Dans l'arrêt du 10 avril 2018 (pts 18-23), la Cour rappelle en effet l'analyse réalisée dans l'arrêt du 20 décembre 2017, avant de décider que «cette conclusion vaut, pour les mêmes raisons, s'agissant du service d'intermédiation en cause au principal, dès lors qu'il ressort des informations dont dispose la Cour que ce service ne se distingue pas substantiellement de celui qui est décrit au point 21 du présent arrêt, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier» (pt 24). Aucune obligation de notification préalable à la Commission, conformément à la directive 98/34/CE, n'est donc requise pour la réglementation en cause.

¹⁰⁷ Art. 3, § 2, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

¹⁰⁸ Art. 3, § 4, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

¹⁰⁹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, J.O.U.E., n° L 376 du 27 décembre 2006.

¹¹⁰ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, pt 33.

¹¹¹ Arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi*, précité, pts 37 et s. On retient en particulier le point 39: «il ressort des informations dont la Cour dispose que le service d'intermédiation d'*Uber* repose sur la sélection de chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule auxquels cette société fournit une application sans laquelle, d'une part, ces chauffeurs ne seraient pas amenés à fournir des services de transport et, d'autre part, les personnes désireuses d'effectuer un déplacement urbain n'auraient pas recours aux services desdits chauffeurs. De surcroît, *Uber* exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs. Sur ce dernier point, il apparaît notamment qu'*Uber* établit, au moyen de l'application éponyme, à tout le moins le prix maximum de la course, que cette société collecte ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et qu'elle exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion».

¹¹² C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, pt 40.

¹¹³ *Ibid.*, pt 42.

¹¹⁴ *Ibid.*, pt 43.

¹¹⁵ *Ibid.*, pt 44.

libre prestation établis par ces textes ne se pose donc pas, puisqu'ils ne sont pas applicables audit service.

Il en résulte par ailleurs que le service fourni par l'application mobile d'Uber aux utilisateurs (passagers et chauffeurs non professionnels) n'est pas soumis aux exigences d'information prescrites par les articles 5 et suivants de la directive sur le commerce électronique, ou à l'exonération de responsabilité établie aux articles 12 et suivants (*infra*, n° 40).

Cette conséquence ne nous paraît pas conforme à la *ratio legis* de la directive sur le commerce électronique : l'objectif est en effet de compléter le cadre normatif applicable par ailleurs, en ajoutant une couche de règles justifiées par les risques spécifiques posés par le recours aux technologies de l'information et de la communication. Or, à suivre la Cour de justice, il faudrait exclure l'application de ces règles dès l'instant où le service de la société de l'information constitue une composante du service pris dans sa globalité, et qu'il ne s'agit pas de l'élément principal (cet élément principal étant le service de transport, dans l'arrêt *Uber*, soumis par ailleurs à un autre cadre normatif). On peut comprendre l'analyse de la Cour pour l'application des principes tenant à la libre circulation. Mais il nous paraît regrettable que les effets collatéraux de cette qualification exclusive – la non-application des autres dispositions de la directive sur le commerce électronique – n'aient pas été pris en compte.

On peut d'ailleurs s'interroger sur l'application de l'analyse de la Cour de justice dans cet arrêt *Uber* aux autres activités de l'économie collaborative (plateformes de location de logements, de ventes de biens de seconde main, de *crowdfunding*, etc.).

Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Uber* du 20 décembre 2017, l'avocat général apporte des éléments de réponse, qui peuvent être pertinents pour certaines de ces hypothèses. Il écrit en effet que « bien évidemment, des similitudes existent, par exemple du fait des mécanismes de réservation ou d'achat directement sur la plateforme, des facilités de paiement ou encore des systèmes d'évaluation. Ce sont des services offerts par la plateforme à ses utilisateurs. Cependant, contrairement à la situation des chauffeurs d'Uber, tant les hôtels que les compagnies aériennes sont des entreprises dont le fonctionnement est totalement indépendant de toute plateforme intermédiaire et pour lesquelles de telles plateformes ne constituent qu'un moyen parmi d'autres de commercialiser leurs services. Ce sont elles aussi, et non pas les plateformes de réservation, qui déterminent les conditions de prestation de leurs services, à commencer par les prix. Ces entreprises fonctionnent aussi selon les réglementations propres à leur secteur d'activité, de sorte que les plateformes de réservation n'exercent pas de contrôle préalable d'accès à l'activité comme le fait Uber concernant ses chauffeurs. Enfin, les utilisateurs ont, sur une telle plateforme de réservation, un véritable choix entre plusieurs prestataires dont les offres diffèrent sur plusieurs facteurs importants de leur point de vue, comme les standards du vol ou du logement, les horaires des avions, l'emplacement de l'hôtel, etc. En revanche, chez Uber, ces facteurs sont standardisés et déterminés

par la plateforme, de sorte que, en règle générale, le passager acceptera la prestation du chauffeur le plus rapidement disponible. Uber n'est donc pas un simple intermédiaire entre des chauffeurs prêts à proposer occasionnellement un service de transport et des passagers à la recherche d'un tel service. Tout au contraire, Uber est un véritable organisateur et opérateur de services de transport urbain dans les villes dans lesquelles il est présent. S'il est vrai, comme l'affirme Uber dans ses observations dans la présente affaire, que son concept est innovant, cette innovation relève cependant du domaine du transport urbain »¹¹⁶.

Nous renvoyons à la contribution de Pieter Van Cleynenbreugel, dans le présent ouvrage, pour des réflexions plus approfondies sur ce thème.

29. Obligations d'information, identification et correction des erreurs. Dès lors qu'elle fournit un service de la société de l'information aux utilisateurs, il incombe à la plateforme de leur communiquer diverses informations, soit de manière permanente, soit à certaines étapes du processus contractuel.

L'article XII.6 du C.D.E. exige ainsi de tout prestataire d'un service de la société de l'information qu'il « assure un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins », à diverses informations permettant principalement de l'identifier et d'entrer en contact avec lui. Le cas échéant, les informations à diffuser portent également sur les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (l'activité étant soumise à un régime d'autorisation) ou ont trait aux professions réglementées. Ces obligations d'information doivent être observées indépendamment de l'existence d'un processus contractuel et, s'il existe, à toute étape de celui-ci (l'accès devant être permanent).

L'exigence figurant à l'article XII.7, § 2, du C.D.E., peut aussi être mentionnée. Aux termes de celui-ci, « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». On considère généralement que ces fonctions sont garanties et le prescrit légal respecté si les informations accessibles à travers un site web peuvent être imprimées ou enregistrées sur le disque dur de l'internaute¹¹⁷.

On peut par contre se demander si les obligations dont l'application est subordonnée à la passation d'une commande doivent également être respectées par la plateforme, vis-à-vis des utilisateurs (art. XII.7, § 1^{er}, XII.8 et XII.9 du C.D.E. – sur ces exigences, voy. *supra*, n° 12).

À l'égard de l'utilisateur qui bénéficie du service ou qui achète le bien à l'autre utilisateur et qui, en général, reçoit le service de la plateforme sans paiement d'un prix, il n'y a manifestement pas de commande et les exigences précitées ne doivent pas être observées.

¹¹⁶ Conclusions de l'Avocat général M. Maciej SZPUNAR, présentées le 11 mai 2017, C-434/15, pts 58-61.

¹¹⁷ En ce sens, E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », J.T., 2004, p. 89.

S'agissant par contre de l'utilisateur qui bénéficie des services de la plateforme moyennant une contrepartie financière (paiement d'une somme forfaitaire ou commission calculée sur un pourcentage du prix du bien ou du service), on pourrait soutenir qu'il a commandé le service fourni par l'intermédiaire et, à ce titre, les dispositions précitées devraient normalement s'appliquer.

C. La plateforme fournit des services aux consommateurs

30. Règles de protection du consommateur dans le livre VI du C.D.E. On l'a vu, *ratione personae*, la plupart des règles de protection figurant dans le livre VI du C.D.E. supposent, pour être d'application, que le bien soit vendu ou le service fourni, par une entreprise, à un consommateur.

La plateforme est une entreprise. Par contre, l'utilisateur n'est pas nécessairement un consommateur.

Les régimes de protection ne sont susceptibles de s'appliquer que si l'utilisateur est un consommateur. Pour un panorama plus complet de ces régimes, on renvoie aux développements précédents (*supra*, n° 11).

Dans le présent paragraphe, on distingue les règles de protection applicables indépendamment du mode de conclusion du contrat (1) et en matière de contrats à distance (2), avant de poser un regard critique sur le niveau d'exigence attendu des plateformes et sur les réformes en projet ou cours (3).

1. Règles de protection du consommateur applicables indépendamment du mode de conclusion du contrat

31. Interdiction des clauses abusives. L'interdiction des clauses abusives pourrait être mobilisée par le consommateur ou appliquée d'office par le juge saisi du litige.

Les conditions générales d'utilisation régissant les activités de la plateforme, généralement accompagnées d'une charte sur la vie privée et d'une politique d'utilisation des cookies pourraient en effet contenir des clauses abusives, en ce qu'elles satisfont à l'une des 33 hypothèses de l'article VI.83, ou parce qu'elles répondent à la définition générale de l'article I.8, 22°, du C.D.E.

L'analyse excède les limites de la présente contribution ; on relève toutefois une décision récente du tribunal de grande instance de Paris, du 8 août 2018, qui a déclaré illicites plus de 250 clauses tirées des documents contractuels de *Twitter* (à la suite d'un recours formé par l'UFC Que choisir ?)¹¹⁸. Parmi ces clauses, on retient par exemple : « Tous les Contenus, qu'il s'agisse des Contenus

¹¹⁸ T.G.I. Paris, 8 août 2018, disponible sur www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-7-aout-2018/. Plusieurs éléments du raisonnement nous paraissent contestables. La décision reste néanmoins l'illustration d'une tendance consistant à remettre en cause certaines pratiques contractuelles bien établies chez les GAFA.

publiés ou communiqués à titre public ou privé, sont placés sous la seule responsabilité de la personne à l'origine de la communication de ces Contenus. *Twitter* n'est pas en mesure de surveiller ou de contrôler les Contenus postés au travers des Services, et ne peut engager sa responsabilité vis-à-vis de ces Contenus. Vous reconnaissez que toute utilisation des Contenus publiés ou obtenus via des Services, est à vos entiers risques et périls» (clause que l'on retrouve, sous une forme similaire, dans les conditions générales de la plupart des plateformes de l'économie collaborative).

32. Interdiction des pratiques commerciales déloyales. Dans certains cas, on pourrait également reprocher à la plateforme de commettre une pratique commerciale déloyale à l'égard des consommateurs.

Un exemple de pratique trompeuse est donné par la Commission dans ses *Orientations* sur l'application de la directive 2005/29/CE¹¹⁹. Elle indique ce qui suit : « en particulier, afin d'éviter toute omission d'informations substantielles, la plate-forme d'économie collaborative devrait, au titre de l'article 6, paragraphe 1, point f), et de l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la D.P.C.D., mettre à même les professionnels tiers concernés d'informer les utilisateurs qu'ils sont des professionnels, et la plate-forme devrait indiquer aux consommateurs si elle applique des critères, et lesquels, pour sélectionner les fournisseurs qui opèrent par son intermédiaire, et si elle effectue des contrôles, et lesquels, pour vérifier leur fiabilité ».

2. Règles de protection du consommateur en matière de contrats à distance

33. Notion de contrat à distance. L'application des mesures de protection figurant aux articles VI.44/1 et suivants du C.D.E. est subordonnée à l'existence d'un contrat à distance.

La loi vise « tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »¹²⁰. La notion de « technique de communication à distance » est également définie¹²¹.

Nous sommes d'avis qu'un contrat est conclu entre la plateforme, d'une part, chacun des utilisateurs, d'autre part. L'objet dudit contrat est la fourniture d'un service d'intermédiation par la plateforme, en vue de permettre aux utilisateurs d'entrer en relation les uns avec les autres. L'absence de paiement

¹¹⁹ Document de travail des services de la Commission, *Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales*, SWD(2016) 163 final, p. 151.

¹²⁰ Art. I.8, 15°, du C.D.E.

¹²¹ Art. I.8, 16°, du C.D.E.

d'un prix ne permet pas, d'après nous, d'exclure l'existence d'un contrat, dans la mesure où on peut imaginer d'autres contreparties (comme la publicité ou l'exploitation des données à caractère personnel). Du reste, l'existence de conditions contractuelles que l'utilisateur est généralement invité à accepter pour s'inscrire et, ce faisant, bénéficier du service, confirme qu'un contrat est effectivement conclu.

Le recours à une technique de communication à distance est également acquis.

Des doutes sont toutefois permis eu égard à la référence à «un système organisé de vente ou de prestation de service à distance». Cette formulation impose-t-elle l'existence d'un «contrat de vente»¹²² ou d'un «contrat de service»¹²³? Ces deux notions sont en effet définies par le C.D.E. et elles requièrent du consommateur qu'il paie ou s'engage à payer un prix. Si la réponse est affirmative, cela signifie que les biens et les services offerts gratuitement sont exclus du champ d'application du chapitre sur les contrats à distance (or, on sait que c'est le cas de divers modèles de l'économie collaborative).

Nous sommes toutefois d'avis que cette analyse n'est pas correcte, dès lors que la définition, certes imprécise, ne mentionne pas expressément l'exigence d'un «contrat de vente» ou d'un «contrat de prestation de service». On admet d'ailleurs qu'il y aurait quatre sortes de contrats régis par la directive sur les droits des consommateurs¹²⁴, notamment en matière de contrats à distance: le contrat de vente, le contrat de service, le contrat portant sur la fourniture de service d'intérêt public et le contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel.

34. Contrat de service, contrat portant sur la fourniture de contenus numériques non fournis sur un support matériel ou aucune de ces qualifications? Partant du principe que la plateforme ne vend pas de biens aux consommateurs, la convention qu'elle est amenée à conclure avec les utilisateurs peut être un contrat de service ou un contrat portant sur la fourniture de contenus numériques non fournis sur un support matériel.

Considérer que les prestations de la plateforme sont des «services», et que le contrat portant sur ceux-ci est un «contrat de service» suppose, suivant cette dernière notion, qu'un prix soit payé par l'utilisateur en contrepartie dudit service. Or, si c'est généralement le cas du vendeur (sur *eBay*) ou du propriétaire de l'immeuble loué (sur *Airbnb*), il n'en va pas forcément de même de l'utilisateur qui reçoit le service, et qui ne bénéficierait donc pas du régime protecteur établi par la loi.

¹²² Art. I.8, 33°, du C.D.E.

¹²³ Art. I.8, 34°, du C.D.E.

¹²⁴ En ce sens, voy. COMMISSION EUROPÉENNE, *D.G. Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, disponible sur https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf, p. 5.

La question se pose cependant de savoir si le service fourni par la plateforme pourrait être qualifié de «contenu numérique». La notion est particulièrement large puisqu'on vise les «données produites et fournies sous forme numérique»¹²⁵. Des exemples sont donnés au considérant n° 19 de cette directive, et sont par ailleurs repris dans les travaux préparatoires de la loi belge¹²⁶. Sont ainsi visés «les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen». L'intérêt de la notion réside dans le fait qu'en égard à l'acception retenue du «contenu numérique» et à l'absence de définition de «contrat portant sur des contenus numériques», on doit normalement considérer que le paiement d'un prix par le consommateur n'est pas une condition d'application matérielle de la notion¹²⁷. On pourrait donc appliquer les règles spécifiques sur les contenus numériques aux relations entre la plateforme et les utilisateurs consommateurs, même en l'absence de paiement d'un prix par ces derniers. Malheureusement, telle n'est pas la compréhension du législateur belge: les travaux préparatoires de la loi de transposition indiquent en effet que «la fourniture de contenu numérique doit être considérée comme un contrat de vente de bien si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD. Elle doit par contre être considérée comme un contrat de service si le contenu numérique n'est pas fourni sur un tel support matériel»¹²⁸. La différence d'interprétation porte ainsi sur le contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel (considéré comme un contrat de service par le législateur belge et comme un contrat à part entière par le législateur européen).

35. Propositions de la Commission U.E. La situation pourrait évoluer, suite aux initiatives prises par la Commission européenne dans le cadre de sa Stratégie pour un marché unique numérique¹²⁹, qui portent à la fois sur les contenus et services numériques, ainsi que sur les plateformes.

Fin 2015, elle a ainsi déposé une proposition de directive en matière de contrats portant sur la fourniture de contenus numériques¹³⁰ ¹³¹. Elle est toujours en cours de discussion.

Le 11 avril 2018, un *New Deal* pour les consommateurs a également été présenté par la Commission¹³². Sur le plan normatif, deux propositions de

¹²⁵ Art. I.8, 32°, du C.D.E.

¹²⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-3018/001, p. 16.

¹²⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *D.G. Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, op. cit., p. 64.

¹²⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-3018/001, p. 16.

¹²⁹ COM(2015) 192 final.

¹³⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques, COM(2015) 634 final.

¹³¹ À ce sujet, voy. E. THIRRYN, «[Actualiteit] Voorstellen voor nieuwe richtlijnen voor digitale overeenkomsten en online verkoop in de EU», *D.C.C.R.*, 2016/110, pp. 77-78.

¹³² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Une nouvelle donne pour les consommateurs*, COM(2018) 183 final.

directives sont déposées dans la foulée. On retient uniquement celle qui introduit de nouvelles règles matérielles visant notamment à renforcer la protection du consommateur numérique¹³³.

36. Nouvelles notions. Dans la proposition de directive du 11 avril 2018, la définition du « contenu numérique » est revue¹³⁴ et trois nouvelles notions sont introduites dans la directive 2011/83/UE, tout en recevant une acception spécifique : « le contrat de fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel »¹³⁵, le « service numérique »¹³⁶ et le « contrat de service numérique »¹³⁷.

La proposition de directive en matière de contrats portant sur la fourniture de contenus numériques contenait également une nouvelle définition du « contenu numérique », plus détaillée que celle actuellement applicable.

Dans le contexte de l'économie collaborative et des places de marché en ligne, ces définitions sont intéressantes à plusieurs égards. Une distinction est ainsi faite entre les contenus et les services numériques, de manière à éviter que

¹³³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs dans l'UE, COM(2018) 185 final.

¹³⁴ Nouvel art. 2, 11°, de la directive 2011/83/UE : « des données produites et fournies sous forme numérique, y compris des fichiers vidéo, des fichiers audio, des applications, des jeux numériques et tout autre logiciel ».

¹³⁵ Nouvel art. 2, 16°, de la directive 2011/83/UE : « tout contrat en vertu duquel un professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique spécifique au consommateur, et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci. Sont également inclus les contrats en vertu desquels le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel, sauf si les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel afin de fournir le contenu numérique ou de lui permettre de respecter les exigences légales qui lui incombent, pour autant qu'il ne traite pas ces données à une autre fin ».

¹³⁶ Nouvel art. 2, 17°, de la directive 2011/83/UE : « a) tout service permettant au consommateur de créer, traiter ou stocker des données sous forme numérique ou d'y accéder ; ou b) tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies en téléchargement ou créées par le consommateur et d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données, y compris le partage vidéo et audio, et d'autres formes d'hébergement de fichiers, les traitements de textes ou les jeux proposés dans le nuage et les réseaux sociaux ». À cet égard, voy. aussi le considérant n° 21 de la proposition de directive : « les services numériques se caractérisent par une implication continue du professionnel pendant toute la durée du contrat pour permettre au consommateur d'utiliser le service, par exemple la création, le traitement, le stockage et le partage de données sous forme numérique ou l'accès à celles-ci. Des contrats d'abonnement à des plateformes de contenus, des services de stockage dans le nuage, des messageries web, des réseaux sociaux et des applications dans le nuage sont autant d'exemples de services numériques ».

¹³⁷ Nouvel art. 2, 18°, de la directive 2011/83/UE : « tout contrat en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service numérique au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci. Sont également inclus les contrats en vertu desquels le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel, sauf si les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel afin de fournir le service numérique ou de lui permettre de respecter les exigences légales qui lui incombent, pour autant qu'il ne traite pas ces données à une autre fin ».

de nombreux services fournis en ligne échappent aux obligations prescrites par la directive 2011/83/UE, sous prétexte qu'il ne s'agirait pas de « contenus » numériques. Sauf exception, les contrats portant sur les contenus ou les services numériques peuvent également bénéficier des mesures de protection lorsque le consommateur fournit des données à caractère personnel au professionnel, sans autre contrepartie pécuniaire.

3. Regards critiques sur le cadre normatif actuel et réformes envisagées

37. Les obligations de la plateforme restent réduites. À supposer qu'on applique le régime de protection complémentaire sur les contenus numériques (voire les services numériques), force est d'admettre qu'à la lumière des enjeux, ces exigences ne devraient pas conduire à un renforcement substantiel de la protection des consommateurs, dès lors que l'information porte principalement sur les seuls services d'intermédiation fournis par la plateforme (lorsque le risque résulte davantage de la relation nouée avec l'autre utilisateur).

En termes d'allocation juste et équilibrée des risques entre les parties impliquées, la situation est, en ce sens, difficilement justifiable : l'activité d'intermédiation menée par la plateforme lui octroie une confortable rémunération, tirée des commissions payées par l'une ou l'autre des parties, ou apportées par les revenus publicitaires ou les traitements de données des utilisateurs. Par ailleurs, cet intermédiaire veille généralement à stipuler dans ses conditions contractuelles qu'il n'est pas partie au contrat conclu entre les utilisateurs, et qu'il s'exonère de toute responsabilité susceptible de résulter d'une inexécution dudit contrat par les parties (non-paiement ; bien défectueux ; description non conforme de la location de vacances ; etc.).

Partant du principe que des obligations additionnelles peuvent difficilement être imposées au consommateur-fournisseur du produit, c'est sur la plateforme que devraient reposer ces exigences complémentaires.

On pourrait par exemple lui imposer de concevoir sa plateforme de sorte que le consommateur-vendeur fournisse les éléments essentiels au consentement de son cocontractant. Parallèlement, il faudrait également informer ce consommateur-vendeur, en particulier sur les risques encourus en procédant à ce type de transaction. Nous plaiderons donc – depuis plusieurs années déjà – pour l'adoption d'un cadre normatif, au niveau européen, visant à régir l'activité de ces intermédiaires de l'internet.

38. Propositions de la Commission U.E. dans le cadre du New Deal. Les propositions de la Commission d'avril 2018 vont en ce sens, ce dont on peut se réjouir.

Une définition de la « place de marché en ligne » serait ainsi introduite dans la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Outre qu'elle four-

nit des «services numériques» au consommateur, ce qui entraîne des exigences additionnelles (peu importe, du reste, que le paiement d'un prix soit exigé), des obligations d'information spécifique lui sont imposées. Elles figurent dans un nouvel article 6bis de la directive 2011/83/UE, aux termes duquel «avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance, ou par une offre du même type, sur une place de marché en ligne, cette dernière doit en outre fournir les informations suivantes :

- a) les principaux paramètres de classement des offres présentées au consommateur en réponse à sa requête de recherche sur la place de marché en ligne ;
- b) si le tiers proposant les biens, les services ou le contenu numérique est un professionnel ou non, sur la base de la déclaration de ce tiers à la place de marché en ligne ;
- c) si les droits des consommateurs découlant de la législation de l'Union en la matière s'appliquent ou non au contrat conclu ; et
- d) lorsque le contrat est conclu avec un professionnel, l'identité du professionnel chargé de garantir l'application des droits des consommateurs découlant de la législation de l'Union en la matière dans le cadre du contrat. Cette exigence est sans préjudice de la responsabilité que la place de marché en ligne peut avoir ou assumer en ce qui concerne certains éléments du contrat ».

Section 3

Relation avec les tiers

39. Actes illicites commis à travers la plateforme et exonération de responsabilité. Les plateformes de l'économie collaborative peuvent être utilisées par certaines personnes pour commettre des actes illicites. On songe par exemple à la vente de produits contrefaits ou hors commerce, sur les sites de vente de seconde main.

Pour la victime, la démarche logique consiste à s'adresser à l'auteur de ces actes illicites. Encore faut-il identifier celui-ci, espérer qu'il puisse être utilement poursuivi en justice et, à supposer qu'il soit finalement condamné par une juridiction compétente, que sa solvabilité soit suffisante pour garantir une réparation intégrale du préjudice subi. En pratique, rien n'est moins sûr : de nombreux internautes se présentent de manière anonyme, sont établis à l'étranger où une action en justice se révélera hasardeuse, et en tout cas coûteuse, ou sont de toute façon insolvable.

Aussi la tentation est-elle grande – et, du reste, parfaitement compréhensible – de se tourner vers un prestataire intermédiaire facilement identifiable – et généralement solvable –, disposant d'un établissement en Belgique, voire sur le territoire européen, et dont les activités rendent possible, à des degrés divers, la commission de l'acte illicite.

Conscient de cette situation, le législateur est intervenu en instaurant une exonération de responsabilité civile et pénale au bénéfice de certaines activités d'intermédiation, dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique¹³⁸. Elle concerne le simple transport, la forme de stockage dite «caching» et l'hébergement¹³⁹. Elle introduit également le principe d'une absence d'obligation générale de surveillance, couplée à une obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes¹⁴⁰. La directive a été transposée fidèlement en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information¹⁴¹. Dans le cadre de la promulgation du C.D.E., cette loi a été abrogée et ses dispositions ont été intégrées, à droit constant, dans le titre 1^{er} du livre XII du C.D.E.¹⁴² (art. XII.17 à XII.20 du C.D.E.).

Vis-à-vis des tiers, les plateformes de l'économie collaborative pourraient se prévaloir de l'exonération de responsabilité pour leurs activités d'hébergement¹⁴³. Encore faut-il s'assurer que les conditions d'application sont réunies (A) et que la plateforme respecte les exigences posées pour bénéficier de l'exonération (B). Par ailleurs, on doit rappeler l'absence d'obligation de surveillance de la plateforme et son obligation de collaboration (C).

¹³⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), J.O.U.E., n° L 178 du 17 juillet 2000.

¹³⁹ Art. 12-14 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

¹⁴⁰ Art. 15 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

¹⁴¹ Sur cette loi (et, par voie de conséquence, les dispositions correspondantes du livre XII du C.D.E.) et sur la jurisprudence, voy. not. C. DE PRETER, «Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor dienstverleners», in *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 211 et s.; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», in J.-L. Fagnart, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, Dossier 26ter, 2004, pp. 15 et s.; E. MONTERO, «Le domaine de l'internet: réflexions autour de quelques affaires emblématiques», in *Droit de la responsabilité civile. Domaines choisis*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 185 et s.; P. GUNST et P. VAN ECKE, «Aansprakelijkheid van dienstverleners», in *Recht en elektronische handel*, Gand, Larcier, 2011, pp. 360 et s.; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «Commerce électronique et contrats de l'informatique», *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information*, R.D.T.I., 2012/48-49, pp. 22 et s.; Th. LÉONARD, «Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet: une application délicate», in *Les réseaux sociaux et le droit*, coll. Conférence du Jeune Barreau, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 125 et s.; J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, «Contrats de l'informatique et commerce électronique», *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2012-2014)*, R.D.T.I., 2015/59-60, pp. 28 et s.; Fr. JONGEN et A. STROWEL (avec la coll. de E. CRAUYSMANS), *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 781 et s.

¹⁴² Les définitions figurent dans le livre I du C.D.E. et les sanctions dans le livre XV du C.D.E.

¹⁴³ Les considérations qui suivent sont reprises de H. JACQUEMIN, «Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires: état des lieux et perspectives», in *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 63-99.

A. Domaine d'application du régime d'exonération de responsabilité

40. Service de la société de l'information. L'exonération de responsabilité ne s'applique qu'aux plateformes qui fournissent un service de la société de l'information. Comme on l'a vu, la condition est normalement satisfaite, sous réserve de limites posées par la Cour de justice dans l'arrêt *Uber* (*supra*, n° 27).

41. «Prestataire intermédiaire». Le critère de neutralité consacré par la Cour de justice. Conformément au considérant n° 42 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, «les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées».

La première phrase de ce considérant semble viser uniquement l'activité de simple transport, telle que régie, en droit belge, par l'article XII.17 du C.D.E. Dans ce contexte, la seconde phrase du considérant se comprend sans difficulté : il s'agit effectivement d'une activité ayant un caractère purement technique, automatique et passif, dans le cadre de laquelle le prestataire n'a aucune connaissance ni aucun contrôle des informations transmises ou stockées. Pour ce type d'activité, la Cour de justice a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler l'exigence du caractère purement technique, automatique et passif¹⁴⁴.

La Cour de justice de l'Union européenne va toutefois se fonder sur ce considérant dans d'autres hypothèses que l'activité de simple transport : elle s'y réfère en effet au moment d'apprécier l'application du régime d'exonération de responsabilité aux activités d'hébergement. Dans les affaires *Google* (2010) et *L'Oréal* (2011), confirmées par la jurisprudence ultérieure, elle décide que l'application de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique (art. XII.19 du C.D.E.) n'est pas uniquement subordonnée au critère du stockage des informations : encore faut-il que «le comportement [du] prestataire se limite à celui d'un "prestataire intermédiaire" au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 de cette directive»¹⁴⁵. Faisant référence au considérant n° 42, elle ajoute que les dérogations en matière de responsabilité ne valent que lorsque l'activité du prestataire «revêt un caractère "purement technique, automatique

¹⁴⁴ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, pts 48 et 49, où la Cour insiste sur le fait que «la fourniture d'un accès à un réseau de communication ne doit pas outrepasser le cadre d'un tel procédé technique, automatique et passif assurant l'exécution de la transmission d'information requise».

¹⁴⁵ C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, pt 112.

et passif", impliquant que ledit prestataire "n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées"»¹⁴⁶. Ce n'est donc que lorsque «le prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées» qu'il peut être qualifié de «prestataire intermédiaire» et bénéficier de l'exonération de responsabilité (pour autant que les conditions soient, le cas échéant, satisfaites, *infra*, n° 44). La Cour confirme sa jurisprudence dans l'affaire *Mc Fadden*, où elle y voit un point commun entre les services des FAI et des hébergeurs, qui «n'ont ni la connaissance, ni le contrôle des informations [...] transmises ou stockées»¹⁴⁷.

Il appartient évidemment aux juridictions nationales d'apprécier, en l'espèce, si le critère est satisfait ou pas.

La Cour de justice donne cependant des exemples de circonstances permettant de conclure, ou pas, que le critère de neutralité est satisfait¹⁴⁸.

Ainsi, ne constituent pas des éléments suffisants :

- le caractère payant du service pour le destinataire ou l'existence d'une rémunération au bénéfice du prestataire (*eBay* étant rémunéré pour les transactions effectuées sur la place de marché) ;
- la fourniture de renseignements d'ordre général au client ;
- la fixation, par le prestataire, des modalités de son service.

Constitue par contre un élément pertinent, à l'aune duquel la juridiction nationale devrait priver le prestataire du bénéfice de l'exonération de responsabilité, l'assistance qui serait fournie par ce dernier au client. La Cour mentionne ainsi «le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés»¹⁴⁹.

42. Hébergement. L'hébergement est la troisième activité pour laquelle un prestataire de services de la société de l'information est susceptible de bénéficier d'une exonération de responsabilité, dans les conditions de l'article XII.19 du C.D.E.

Aux termes de cette disposition, elle consiste «à stocker des informations fournies par un destinataire du service».

Dans le contexte de l'adoption de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, on visait les prestataires techniques mettant des serveurs à la disposition des destinataires des services en vue d'héberger, matériellement, leurs données (l'hébergement d'un site internet, par exemple).

¹⁴⁶ *Ibid.*, pt 113 ; C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, pt 110 ; C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, pt 41.

¹⁴⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, pt 61.

¹⁴⁸ C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, pts 115-118 ; C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, pts 114-116. Voy. aussi C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, pts 42-44.

¹⁴⁹ C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, pt 117.

Avec le web 2.0 (réseaux sociaux, places de marché électroniques, sites de partages de contenus, etc.), la question s'est posée de savoir si l'hébergement couvrirait également une conservation « virtuelle » des contenus fournis par les tiers. La plateforme stocke en effet les annonces de ventes de produits, les messages ou les posts publiés sur les réseaux sociaux, les contenus vidéo ou les photos échangés ou sur le site de partage, etc.

La Cour de justice a répondu, à bon droit, par l'affirmative, notamment pour une place de marché en ligne comme *eBay*¹⁵⁰.

On note encore que, contrairement à l'hébergement visé à l'époque d'adoption de la directive sur le commerce électronique, où il s'agissait généralement du seul service fourni par le prestataire, pour la plateforme de l'époque du web 2.0, le stockage n'est généralement qu'un élément accessoire : l'objectif principal est d'offrir un espace dématérialisé de rencontre et d'échanges entre les internautes (ou les utilisateurs d'applications mobiles), à travers lequel ils peuvent diffuser des contenus. Parallèlement, la plateforme pourrait aussi offrir une assistance aux utilisateurs, par exemple en contribuant à l'édition de certains contenus. Dans cette hypothèse, il faudra établir si les plateformes peuvent conserver le bénéfice de l'exonération de responsabilité.

La question se pose alors de savoir si elles doivent être purement et simplement exclues du bénéfice du régime d'exonération (pour toutes leurs activités), comme l'ont décidé certaines juridictions françaises ou, au contraire, s'il faut privilégier une application distributive des règles : plus précisément, les prestataires pourraient bénéficier de l'exonération pour les services de stockage soumis à l'article XII.20 du C.D.E., et tout en étant exclu de celle-ci (le droit commun de la responsabilité étant dès lors applicable directement) pour d'autres activités. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de commerce de Bruxelles, dans une décision du 31 juillet 2008, qui concernait la place de marché *eBay* : « cette méthode, qui consiste à analyser le rôle technique précisément joué par l'intermédiaire vis-à-vis de chaque information prise séparément plutôt que de chercher à catégoriser globalement son site internet, est bien plus conforme à la lettre des textes et à l'analyse de la Commission européenne qui a rappelé, dans son rapport publié en 2003, que la notion de stockage n'était pas réservée à des catégories d'opérateurs ou à des types d'information »¹⁵¹.

Enfin, il est précisé au paragraphe 2 de l'article XII.19 du C.D.E. que « le paragraphe 1^{er} ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous

¹⁵⁰ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, pt 110 : « il n'est pas contesté qu'*eBay* stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, des données fournies par ses clients. *eBay* effectue ce stockage chaque fois qu'un client ouvre un compte vendeur auprès d'elle et lui fournit les données de ses offres à la vente [...] ».

¹⁵¹ Comm. Bruxelles, 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, 2008/33, p. 521, note E. MONTERO, qui cite sur ce point S. PROUST, « Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du web 2.0 », *R.L.D.I.*, 2007/30, p. 29. Voy. aussi Bruxelles, 2 juin 2009, inédit, *R.G.* n° A/08/02054, cité par E. MONTERO, « Le domaine de l'internet – Réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *op. cit.*, p. 209, n° 33.

l'autorité ou le contrôle du prestataire ». Tel est par exemple le cas s'il s'agit d'un employé du prestataire.

B. Portée du régime d'exonération de responsabilité

43. Exonération de responsabilité conçue largement. Dans le domaine d'application précisément circonscrit, l'exonération concerne toutes les hypothèses dans lesquelles la responsabilité civile (contractuelle ou extra-contractuelle) et/ou la responsabilité pénale des prestataires intermédiaires pourraient être engagées.

Elle s'applique également de manière horizontale, peu importe la nature de l'activité illicite et les dispositions légales ou réglementaires violées. Lors de son adoption, c'est d'ailleurs ce qui a différencié la directive 2000/31/CE du *Digital Millennium Copyright Act* du 28 octobre 1998, qui limitait l'exonération aux atteintes au droit d'auteur. En droit de l'Union (et, par voie de conséquence, dans les États membres), peu importe que la méconnaissance porte sur une violation des règles en matière de propriété intellectuelle, de pratiques du marché, de protection des données, de non-discrimination, d'atteinte à l'honneur ou de diffamation, etc.

Si l'exonération de responsabilité ainsi conçue semble large, il faut rappeler que le prestataire qui perd le bénéfice de celle-ci ne devient pas, *ipso facto*, responsable. La victime devra en effet démontrer que la responsabilité du prestataire est engagée en établissant que les conditions d'application du régime invoqué sont réunies¹⁵². Si l'article 1382 du Code civil est invoqué, la victime devra apporter la preuve que le prestataire a commis une faute (et donc, notamment, qu'il ne s'est pas comporté comme un prestataire normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances concrètes de fait), et que celle-ci est en lien de causalité avec le préjudice subi.

44. Exigences spécifiques à l'activité d'hébergement. Lorsque l'activité d'un prestataire intermédiaire peut être qualifiée d'hébergement, il ne peut bénéficier de l'exonération de responsabilité pour les informations qu'il stocke que dans l'une ou l'autre des hypothèses visées par la loi.

Soit, et c'est le premier cas de figure, il n'a pas « une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, [il n'a pas] connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information ». Dans ce cas, il bénéficie de l'exonération de responsabilité. Une distinction est ainsi faite

¹⁵² E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahier du CRUD n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 278 ; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAET, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Un cadre juridique pour l'internet », *J.T.*, 2001, p. 140, n° 24 ; Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », *op. cit.*, pp. 128-129.

entre une action pénale (connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite) ou civile (connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite). On regrette qu'en droit belge, aucune procédure spécifique (de type *notice and take down*) ne soit légalement prévue, pour organiser la notification de l'illicéité par la victime, et encadrer le comportement attendu du prestataire dans cette hypothèse.

Soit, et c'est le second cas de figure, le prestataire a une telle connaissance et, pour conserver le bénéfice de l'exonération, il doit agir « promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible », dans le respect de la procédure visée à l'article XII.19, § 3, du C.D.E.

Cette procédure prévoit ce qui suit. D'une part, le prestataire doit communiquer sur-le-champ au procureur du Roi l'activité ou l'information illicite dont il a connaissance. Le magistrat est alors tenu de prendre les mesures utiles conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle. D'autre part, il est expressément indiqué qu'« aussi longtemps que le procureur du Roi n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations ». Autrement dit, le prestataire ne peut pas supprimer les données avec effet définitif, pour permettre, le cas échéant, le retour au *statu quo ante*.

Dès l'adoption de la directive, le régime prévu par cette disposition a constitué une véritable bouteille à encre¹⁵³.

On s'est notamment interrogé sur l'acception des notions d'illicéité, de « connaissance effective » ou de retrait prompt des informations.

Dans l'affaire *L'Oréal*, la Cour de justice insiste sur le fait qu'on doit apprécier le comportement d'un opérateur économique diligent. Elle ajoute que les règles doivent conserver leur effet utile et, dans ce cadre, « elles visent toute situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances »¹⁵⁴. Cette connaissance peut ainsi résulter d'une démarche d'initiative effectuée par le prestataire ou d'une notification qui lui est faite en ce sens. La Cour précise ainsi que le prestataire ne perdra pas nécessairement le bénéfice de l'exonération de responsabilité dans ce cas, « étant donné que des notifications d'activités ou d'informations présumées illicites peuvent se révéler insuffisamment précises et étayées »¹⁵⁵. En règle générale, il faut examiner les informations transmises au prestataire et se

¹⁵³ Voy. notamment les réflexions de E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in J.-L. Fagnart, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, Dossier 26ter, 2004, pp. 24 et s. ou de Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet: une application délicate », *op. cit.*, pp. 130 et s.

¹⁵⁴ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal c.a. c. eBay*, C-324/09, pt 121.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pt 122.

demandeur si « un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité » dans cette hypothèse¹⁵⁶.

Dans un litige opposant Lancôme à eBay, tranché par le tribunal de commerce de Bruxelles, il a été jugé qu'« il ressort [...] des pièces déposées et notamment des correspondances entre parties que dès les premières interpellations de Lancôme, eBay y a répondu positivement [...] ». Il n'est pas inutile de relever qu'à juste titre, tout en répondant avec diligence aux interpellations de Lancôme, eBay a déjà indiqué, à cette occasion, qu'en égard à sa responsabilité d'*Internet Service Provider*, elle ne pouvait se permettre de bloquer des contenus dénoncés comme illicites de manière automatique sans vérifier le bien-fondé des prétentions du plaignant. Il est légitime dans le chef d'eBay de vouloir effectuer ces vérifications. Lancôme n'établit pas qu'eBay aurait fait preuve d'un manque de diligence dans le traitement de ses interpellations avant de retirer des annonces litigieuses »¹⁵⁷.

La position du prestataire d'hébergement est assurément inconfortable, entre la victime des contenus illicites, qui menace d'engager sa responsabilité si ceux-ci ne sont pas supprimés ou leur accès bloqué, et l'auteur desdits contenus, que l'intermédiaire s'est contractuellement engagé à héberger et qui pourrait se plaindre que ceux-ci ont été supprimés ou leur accès bloqué sans fondement. On observe d'ailleurs que si, pour certains contenus, le caractère illicite est évident (images pédopornographiques, violations massives des droits d'auteur, etc.), pour d'autres, des discussions sont permises (atteinte à l'honneur ou à la réputation, violation du droit à l'image ou de la vie privée, etc.). L'hébergeur peut ainsi être amené à jouer un rôle de juge, en décidant du caractère illicite, ou pas, de l'information ou du contenu litigieux, et en prenant les mesures qui s'imposent. À tout le moins, il est recommandé à celui-ci de se prémunir contractuellement vis-à-vis des internautes dont il héberge les contenus, en prévoyant dans les conditions contractuelles applicables qu'il peut être amené à supprimer certains contenus illicites et en limitant sa responsabilité dans ce cadre.

Il est heureux de constater que les autorités européennes ont pris la mesure des difficultés posées, notamment, par cette disposition, et des enjeux qu'elle peut représenter pour la société dans son ensemble. En ce sens, la Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne¹⁵⁸ doit assurément être approuvée (même si on regrette le caractère peu contraignant de l'instrument). Elle promet notamment la mise en place de mécanismes de notification. Comme elle l'indique, « ces mécanismes devraient permettre et encourager la transmission de notifications suffisamment précises et correctement étayées pour que le prestataire de services d'hébergement concerné soit à même de

¹⁵⁶ *Ibid.*, pt 122.

¹⁵⁷ Comm. Bruxelles, 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, 2008/33, p. 521, note E. MONTERO.

¹⁵⁸ COM(2018) 1177 final.

prendre une décision rapide et en connaissance de cause sur le contenu auquel se rapporte la notification et qu'il puisse notamment se prononcer sur les questions de savoir si ledit contenu doit être jugé illicite ou non et s'il convient de le retirer ou d'en rendre l'accès impossible. Ces mécanismes devraient être conçus de manière à faciliter l'envoi de notifications qui contiennent une explication des raisons pour lesquelles le notifiant considère le contenu comme illicite et une indication claire de l'emplacement du contenu en question¹⁵⁹. Le cas échéant, le fournisseur du contenu litigieux devrait être informé de la décision de retrait ou de suppression, avec la possibilité de contester la décision¹⁶⁰. Le tout en se prémunissant des comportements abusifs¹⁶¹. La transparence est également encouragée¹⁶², de même que la mise en place, par le prestataire, de mesures proactives¹⁶³, et de mesures de sauvegarde¹⁶⁴. La Recommandation promeut aussi la coopération entre prestataires d'hébergement et entre ceux-ci et les autorités publiques des États membres ainsi que les signaleurs de confiance¹⁶⁵. Des recommandations spécifiques sont aussi faites pour les contenus à caractère terroriste.

C. Absence d'obligation générale de surveillance et obligation de collaboration

45. Absence d'obligation «générale» de surveillance. Conformément à l'article XII.20, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du C.D.E., «pour la fourniture des services visés aux articles XII.17, XII.18 et XII.19, les prestataires n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites».

S'agissant de prestataires «intermédiaires», dont les activités les conduisent à transmettre ou stocker un volume considérable de données, il était heureux que ce principe soit consacré par la loi. Outre qu'on peut douter de l'efficacité de tels contrôles systématiques, et de leur mise en œuvre à des coûts raisonnables, on prenait le risque de voir le prestataire procéder à des actes de censure préventive, pour éviter de voir sa responsabilité engagée.

¹⁵⁹ Point 6 de la Recommandation.

¹⁶⁰ Points 9 et s. de la Recommandation.

¹⁶¹ Point 21 de la Recommandation.

¹⁶² Points 16-17 de la Recommandation.

¹⁶³ Point 18 de la Recommandation.

¹⁶⁴ Il s'agit notamment de «garantir que les prestataires de services d'hébergement agissent avec diligence et de manière proportionnée pour ce qui est des contenus stockés par leurs soins, notamment lorsqu'il s'agit de traiter des notifications et contre-notifications et de décider du retrait éventuel de contenus considérés comme illicites ou du blocage éventuel de l'accès à ces derniers» (pt 19 de la Recommandation).

¹⁶⁵ On vise «une personne ou une entité considérée par un prestataire de services d'hébergement comme disposant d'une expertise et de responsabilités particulières aux fins de lutter contre les contenus illicites en ligne» (pt 4, g), de la recommandation).

46. Obligation «particulière» de surveillance. L'absence d'obligation générale de surveillance est notamment compensée par l'instauration d'une obligation particulière de surveillance. L'article XII.20, § 1^{er}, alinéa 2, énonce en effet que «le principe énoncé à l'alinéa 1^{er} ne vaut que pour les obligations à caractère général. Il n'empêche pas les autorités judiciaires compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi». Cette obligation peut, par exemple, se fonder sur les articles 39bis et suivants (compétences du procureur du Roi) ou 88bis et suivants (compétences du juge d'instruction) du Code d'instruction criminelle.

47. Présentation générale de l'obligation de collaboration des prestataires intermédiaires. Comme on l'a vu, les prestataires intermédiaires ne sont soumis à aucune obligation générale de surveillance (*supra*, n° 45).

Pour «contrebalancer» ce principe¹⁶⁶, la loi exige des prestataires qu'ils collaborent avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes.

Cette obligation de collaboration est prévue à l'article XII.20, § 2, du C.D.E., aux termes duquel :

«Les prestataires visés au § 1^{er} ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient.

Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire».

Une distinction est ainsi faite entre la collaboration réalisée à l'initiative du prestataire (alinéa 1^{er}) ou à la demande des autorités judiciaires ou administratives compétentes (alinéa 2).

En cas de refus de collaboration conformément à l'article XII.20, § 1^{er}, alinéa 2, ou à l'article XII.20, § 2, du C.D.E., le prestataire est passible d'une sanction de niveau 3 (amende pénale de 26 à 25.000 euros¹⁶⁷)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 50-2100/001, p. 10.

¹⁶⁷ Art. XV.70 du C.D.E. Le montant doit être augmenté des décimes additionnels.

¹⁶⁸ Art. XV.118, 3^e, du C.D.E.

Conclusion

48. Cadre normatif complexe. Les dispositions légales ou réglementaires susceptibles de s'appliquer à la relation entre les utilisateurs, entre la plateforme et les utilisateurs ou entre la plateforme et les tiers sont nombreuses et variées. Elles dépendent principalement de la qualité des parties impliquées, du secteur concerné et du rôle d'intermédiation joué par la plateforme.

Ces règles ont en tout cas le mérite d'exister et, pour autant que les parties n'hésitent pas à les mobiliser et à porter le litige devant les cours et tribunaux, elles constituent des moyens efficaces pour sanctionner le non-respect, par l'un des acteurs, des obligations qui lui incombent.

À divers égards, des critiques peuvent néanmoins être adressées à ce cadre normatif, dans la mesure où il ne prend pas suffisamment en compte la faiblesse des utilisateurs qui s'engagent à travers la plateforme, tout en négligeant d'imposer de réelles obligations à l'intermédiaire qui, par ailleurs, bénéficie d'une exonération de responsabilité civile et pénale à l'égard des tiers.

Sous l'impulsion du législateur européen, il semble toutefois que la tendance commence à s'infléchir, avec l'établissement d'exigences complémentaires, encore en projet à ce stade, à charge de la plateforme. On peut s'en réjouir.

49. Au-delà des initiatives législatives. À certains égards, l'action législative montre ses limites. Il ne suffit pas, en effet, de multiplier les obligations d'information, les garanties légales ou les mesures correctrices, si le consommateur (ou le professionnel, d'ailleurs) ne prend pas la peine de lire les conditions générales, d'activer la garantie ou de mettre en œuvre les droits que la loi lui octroie.

Au-delà du droit, il faut sensibiliser les acteurs, les informer, et dans la mesure du possible, écarter les obstacles de nature à les empêcher de défendre leurs droits devant les juridictions compétentes. Les autorités européennes semblent conscientes de ces enjeux et des initiatives sont prises en ce sens.

Sans doute s'agit-il, dans l'environnement numérique (et dans d'autres domaines, d'ailleurs) de l'un des défis les plus importants des prochaines années.